VICTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

I y II

Caracas (Venezuela), Managua (Nicaragua) 2013

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Profesor de Derecho Internacional Público, Co Presidente del Centro Internacional de Estudios para la Solución de Controversias del *American College* de Managua (CIESC), Ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO I y II

Sujetos y actores internacionales. Fuentes del Derecho Internacional. Situaciones y controversias internacionales: políticas y jurídicas. Otras controversias jurídicas. Normas y principios aplicables. Mecanismos no jurisdiccionales de solución de controversias: La negociación, los buenos oficios, la mediación, la encuesta y la conciliación internacionales. Mecanismos jurisdiccionales: El arbitraje. El arreglo Judicial: la Corte Internacional de Justicia. El sistema de solución de controversias en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El sistema de solución de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las controversias administrativas internacionales: El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TANU) y el Sistema de Administración de Justicia de Naciones Unidas.Las controversias comerciales no internacionales y los órganos de solución.La solución de controversias en el contexto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

© Copyright, 2013
VICTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Depósito Legal:
ISBN:

Impreso en Venezuela

INDICE

INTRODUCCIÓN: LA SOCIEDAD INTERNACIONAL, LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL

I. SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y ACTORES INTERNACIONALES……

A. **Sujetos y actores internacionales: definición y clasificación**…...

1. El Estado……

a. **Elementos constitutivos**……..

i. **Territorio**……

a. Espacio terrestre……..

b. Espacio aéreo y marítimo bajo jurisdicción estatal

c. Espacios bajo jurisdicción funcional del Estado…..

i. Plataforma continental…….

ii. Zona contigua……

iii. Zona económica exclusiva……...

d. Delimitación y demarcación……..

ii. **Población…**……

a. Los nacionales…….

b. Extranjero……

c. Apatridia……

d. Otras categorías de personas que conforman la población del Estado……..

i. El asilo y el refugio en el derecho internacional.

ii. Trabajadores migratorios…….

iii. **Organización política del Estado**……...

b. **La soberanía, la independencia y la igualdad**, aspectos que conforman el estatuto jurídico del Estado……...

c. **El nacimiento del Estado**: Principios aplicables.....

d. **El reconocimiento de Estados y de Gobiernos**: efectos…

e. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.....

f. **Relaciones diplomáticas (permanentes y *ad hoc*) y consulares…**……

2. La Organización Internacional……..

3. El Individuo……

4. La comunidad internacional: Un sujeto emergente de derecho internacional?

5. Sujetos *sui generis* de Derecho Internacional: La Santa Sede y la Orden Soberana de Malta.

6. Los actores internacionales: empresas transnacionales y la sociedad civil.: las Organizaciones no gubernamentales (ONG)…….....

B. **La protección diplomática**……..

II. FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL……

A. Definición y clasificación……

B. Fuentes principales……..

1. El **Tratado Internacional**……..

a. **Definición**…….....

b. **Estructura del tratado**……..

i. El Preámbulo…….

ii. La parte dispositiva del tratado……..

c. **Clasificación de los tratados**……...

d. **Conclusión de tratados**……

i. La capacidad del Estado……..

ii. Personas autorizadas y capacitadas para actuar en nombre del Estado y comprometerle en el ámbito internacional……..

e. **La capacidad de la Organización Internacional**……

i. Capacidad de la Organización Internacional……

ii. Personas autorizadas para actuar y comprometer a la OrganizaciónInternacional.....

f. **La negociación**……..

i. La negociación como ejercicio: la negociación bilateral y la negociación en el contexto multilateral……...

ii. Aspectos jurídicos de la negociación. La conclusión de la negociación: la adopción y la autenticación del texto……

g. **La expresión del consentimiento**……

i. La firma……..

ii. Los acuerdos en forma simplificada……...

iii. La ratificación……

iv. Los vicios del consentimiento…….
v. Las reservas y las declaraciones interpretativas……...
a. Definición de reserva……..
b. Capacidad para formular una reserva
c. Derecho de formular una reserva……..
d. Capacidad para formular una reserva
e. Aceptación, objeción a una reserva y la relación jurídica entre las partes.....……
f. Retiro de una reserva…….
g. Declaraciones interpretativas……
h. La entrada en vigor y la aplicación provisional del tratado
i. La entrada en vigor del tratado……..
ii. Aplicación provisional del tratado…….
i. **Aplicación de los tratados**……
i. Los principios fundamentales: *pacta sunt servanda* y la buena fe…….
ii. Aplicación delostratadoseneltiempo y en el espacio
iii. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados……
a. Tratados mediante los cuales se imponen obligaciones a terceros Estados……
b. Tratados mediante los cuales se acuerdan derechos a terceros Estados…….....
i. Estipulación en favor de terceros……
ii. Cláusula de la Nación más Favorecida……..
iii. Obligaciones a terceros Estados derivadas de tratados de los que no son partes……
a. Normas consuetudinarias……
b. Regímenes convencionales objetivos…….
j. **Relación de los Tratados con otras normas**……...
i. Aplicación de un tratado en relación con tratados posteriores…….
ii. El tratado y la norma consuetudinaria……....
iii. El Tratado y una resolución de una Organización Internacional……
iv. El Tratado y un Acto Unilateral……..
k. Interpretación de los Tratados…….
l. Régimen de nulidades de los Tratados……..
m. Modificación de los tratados……

n. Terminación y suspensión de los tratados…….
i. La terminación y la suspensión de los Tratados por acuerdo entre las partes……...
ii. El fin del tratado por la denuncia de una de las partes o el retiro en el marco multilateral……..
iii. Imposibilidad de cumplir con las obligaciones del tratado……
a. Violación del tratado por una de las partes…….
b. No aplicación del tratado por conflictos armados
c. La aplicación de los tratados en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas…….
d. Cambio fundamental de circunstancias o aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*…….....
e. Surgimiento de una norma imperativa de derecho internacional general……..
o. El registro y la publicación del tratado……...
i. El registro y publicación de los tratados: régimen de la Carta de Naciones Unidas…….
ii. El depositario: Funciones…….

2. La **Costumbre Internacional**…….....
a. Definición…….....
b. Elementos constitutivos……...
i. La práctica reiterada…….
ii. La convicción de que esa práctica vinculante jurídicamente……..... .....
iii. La prueba de la práctica y de la convicción
iv. La norma consuetudinaria y la cortesía internacional

3. Los **Principios Generales del Derecho**……

4. Las **fuentes Auxiliares**:
a. La **doctrina**…….....
b. La **jurisprudencia**…….....
c. La **equidad**……

5. Fuentes no contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

a. **Actos de las organizaciones internacionales**:

i. Las resoluciones vinculantes jurídicamente y las resoluciones no vinculantes desde ese punto de vista.

ii. Resoluciones de los órganos internacionales y la formación del Derecho Internacional……

b. Los **actos unilaterales de los Estados**…….....

i. Definición……
ii. Capacidad para formular actos unilaterales…….
iii. La interpretación del acto unilateral……...
iv. La modificación, terminación y revocación del acto unilateral……
v. La nulidad del acto unilateral…….
VI. El fundamento jurídico de la obligatoriedad del acto unilateral……

III. SITUACIONES Y CONTROVERSIAS INTERNACIONALES…… 237
A. Situaciones internacionales…… 239
B. Controversias políticas y controversias jurídicas internacionales…….. 239
C. Otras controversias……. 247

IV. NORMAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES REGULADORES DE LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS……..
A. La obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para solucionar las 250
controversias……..
B. La obligación de resolver las controversias por medios pacíficos……. 261
C. El carácter imperativo de ambas normas……. 263
D. El consentimiento y el principio de la libre elección de medios…… 265

V. MECANISMOS NO JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓNDECONTROVERSIAS…… 271
…….…… 271
A. La **negociación internacional**……..... 275
B. La **investigación internacional**…….. 278
C. **Los buenos oficios**…….. 281
D. **La mediación**……... 284
E. **La conciliación internacional**……
F. El tratamiento de las controversias y de las situaciones internacionales en el 288
marco de las Naciones Unidas y de los Acuerdos y Órganos regionales……. 288
1. En el marco de las **Naciones Unidas…**……... 289
a. El **Consejo de Seguridad**…… 290
i. Las competencias del Consejo de Seguridad……
a. Las competencias del Consejo de Seguridad en el marco del 290
Capítulo VI……..
b. Las competencias del Consejo de Seguridad en el marco del 293
Capítulo VII…….....
b. La **Asamblea General**: Competencias en el marco de la solución de
controversias y de las situaciones que puedan afectar la paz y la 296
seguridad internacionales……. 298
c. El **Secretario General**…….. 300

2. En el marco de los **Acuerdos y órganos regionales**……...

VI. MECANISMOSJURISDICCIONALESDESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A. El arbitraje internacional……..

1. Origen y evolución……... 304
2. La Corte Permanente de Arbitraje…….. 304
3. El arbitraje después de 1914: características……... 307
4. Arbitraje obligatorio y arbitraje facultativo……... 310
5. El órgano arbitral: estructura y funcionamiento……... 311
6. El procedimiento arbitral……. 313
7. Las decisiones arbitrales……... 314
8. La ejecución de las decisiones arbitrales y otros medios de solución de controversias……. 315

B. El arreglo judicial: la Corte Internacional de Justicia……... 318

1. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)…….. 319
2. La Corte Internacional de Justicia……... 320

A. La Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas…… 320

B. Estructura y composición de la Corte…… 322

i) La elección de los Miembros……... 324

a. Designación de candidatos por el Grupo Nacional……..... 325 326

b. La elección en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General…… 326

C. La independencia de los jueces. Inmunidades y Privilegios……. 329 332

D. La Secretaría…… 332

1. El Secretario del Tribunal (Greffier) y el Secretario Adjunto……... 334
2. El personal de la Secretaría…….. 334

E. Las cuestiones financieras…… 334

F. **La competencia de la Corte Internacional de Justicia**…… 335

1. La **competencia contenciosa**…… 336

a. **La aceptación de la jurisdicción de la Corte** 336

i. Acuerdo bilateral o compromiso…… 338
ii. Tratados y Convenciones anteriores…….. 342
iii. Cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria……
iv. Declaraciones formuladas en virtud del artículo 36-5 del Estatuto de la CPJI…… 345
v. La competencia de la Corte en virtud del artículo 287 la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar..... 348

a. Las reservas en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción…….. 349 352
b. Las reservas y la reciprocidad…….. 361
c. Las declaraciones de aceptación, en el tiempo…… 361

d. El depósito de las declaraciones de aceptación……... 363
vi. *Forum prorrogatum*…… 364
a. **La negociación diplomática y el recurso a la Corte**…… 366
b. **El procedimiento ante la Corte**…… 368
i. **El procedimiento contencioso**…… 369
a. **Incoación del procedimiento**…… 369
i. El contenido de la demanda y de la notificación…. 369
ii. La actuación de las partes: Los agentes……..
iii. La inhibición y la recusación de un juez……... 374
b. **El procedimiento escrito**……
i. La fijación de los plazos……..
ii. Depósito de los alegatos escritos……... 377
iii. Contenido de los argumentos escritos: las 378
pretensiones y las conclusiones…… 378
iv. Solicitud de los alegatos escritos y de los
documentos anexos a los mismos, por terceros 380
Estados..... 382
c. **El procedimiento oral:**……..
i. Testigos y Expertos……. 386
ii. Las pruebas…….. 388
d. **Las deliberaciones del Tribunal**…… 389
e. **Los jueces *ad hoc***……
i. La designación del juez *ad hoc* y su confirmación 389
por el Tribunal……. 390
ii. Reemplazo de un juez *ad hoc*…….. 392
iii. La nacionalidad del juez *ad hoc*……..
iv. La designación de un juez *ad hoc* por un Estado 392
que ha solicitado la intervención en un proceso….. 393
f. **La no comparecencia**…….. 395
i. Efectos de la no comparecencia en el proceso…….. 395
ii. Efectos de la no comparecencia en la decisión del
Tribunal…… 402
g. **El desistimiento**…… 403
h. **Procedimientos incidentales**……
i. Medidasprovisionales o conservatorias…… 406
a. La indicación de medidas a instancia del 406
Tribunal…… 408
b. La indicación de medidas y la competencia…... 411
c. El tratamiento de la solicitud y la adopción de 411
medidas…….. 412
d. El carácter de las medidas provisionales…… 412
ii. Excepciones preliminares……... 413
a. Contenido de la excepción preliminar…….
b. Fase oral y fase escrita……... 417
iii. Otros procedimientos incidentales…… 418

a. La reconvención…….. 420
b. La intervención de un tercer Estado…… 421
i. El tratamiento de la demanda por la Corte en pleno y por la Sala *ad hoc*…… 421 423
ii. El interés jurídico del Estado solicitante……
iv. **La creación de Salas Sumarias y *ad hoc***……
a. Salas Especiales sumarias…….. 424
b. Creación de Salas *ad hoc*…… 424
i. El recurso a la Sala……... 424
ii. La competencia general de la Sala Especial *ad hoc* y el examen de las cuestiones incidentales……..... 425 426 428
iii. El procedimiento…….. 428
iv. La decisión de las Salas Especiales *ad hoc*…..
i. **Las Decisiones de la Corte**…… 429
a. La Presidencia y el rol del Presidente……
b. Naturaleza y alcance de las Decisiones…….
i. La obligatoriedad de las Decisiones……. 430
ii. El carácter de cosa juzgada y la relatividad de la decisión……... 434
iii. Interpretación y la revisión de las decisiones de la Corte..... 434
iv. La ejecución y la efectividad de la decisión: la posibilidad de intervención del Consejo de Seguridad……..... 434 435 437
j. **Providencias u Ordenanzas y las Opiniones de los jueces**……. 440 441
i. Las Providencias u Ordenanzas…… 445
ii. Las Opiniones Separadas y las Declaraciones de los jueces……...
a. Opiniones Individuales……. 445
b. Opiniones Disidentes de los jueces……..
c. Declaraciones de los jueces……... 452
ii. La competencia consultiva……
a. **La competencia de la Corte y la facultad discrecional de emitir una Opinión Consultiva**…..... 453
b. **Organos autorizados** por la Carta: la Asamblea General y el Consejo de Seguridad……..
c. **Otros órganos y organismos autorizados** para recurrir a la Corte……...
d. **El procedimiento consultivo**.....
e. **Naturaleza y alcance de las Opiniones Consultivas**……

VII. Las controversias que se plantean en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay) y los mecanismos ed solución.....**……**
A.Los principios generales de la solución pacíficade controversias, por los medios elegidos libremente por las partes.
B. El carácter subsidiario del sistema de solución de controversias.....
C.La obligación de intercambiar opiniones
D. Los mecanismos previstos en la Convención y su selección

1. **La conciliación facultativa y obligatoria**.....
2. **El Tribunal del Derecho del Mar**.....
a. Estructura.....
i. Miembros permanentes o jueces.....
ii. Jueces *ad hoc*.....
b. La competencia del Tribunal**.....**
i) Competencia material y competencia personal.....
ii) Competencia consultiva.....
c. El procedimiento contencioso.....
d. Limitaciones a la competencia del tribunal.....
i) Limitaciones a la aplicabilidad de la Sección 2.....
ii) Excepciones facultativas aplicables a la Sección 2.....
e. Derecho aplicable.....
f. Procedimientos incidentales.....
3. **La Sala de Controverias de los Fondos Marinos y Oceánicos**.....
a. Composición de la Sala.....
b. Competencia de la Sala.....
c. Derecho aplicable.....
d. Competencia consultiva.....
i. El procedimiento consultivo.....
4**. El Arbitraje conforme al Anexo VI**.....
5**. El Arbitraje conforme al Anexo VII**.....
6. **La Sala de Procedimiento Sumario y lasSalas Especiales**.....
a**. Sala de Procedimiento Sumario**.....
b. **Salas Especiales**: Sala de solución de controversias relativas a la pesca; Sala de solución de controversias relativas al medio marino; Sala de solución de controversias relativas a la delimitación marítima; Sala Especial para conocer la conservación y la explotación duradera del *espadon* o pez espada en el Océano Pacífico del sudoeste.....
VIII. El sistema de solución de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC).....

IX. Las controversias administrativas internacionales:
1.Aspectos preliminares: La función pública internacional, el Derecho Administrativo Internacional y los principios fundamentales.....
2. El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT).....
a.Estructura y funcionamiento.....b. La competencia personal y material del Tribunal.....
c. La admisibilidad de una cuestión y el agotamiento de los recursos internos.....
d. El procedimiento ante el Tribunal.....
e. El carácter definitivo de los Fallos del Tribunal y la posibilidad de su reforma mediante Opinión Consultiva de la OIT.....
2. El Sistema de Administración de Justicia deNaciones Unidas....
a. Aspectos generales.....
b. El sistema informal.....
i. La asistencia de letrados.....
ii. El Ombudsman y la mediación dentro del sistema.....
c. El sistema formal.....
i. El Tribunal Contencioso administrativo.....
a. Composición y organización del Tribunal.....
b. La competencia del tribunal y la admisibilidad de una demanda..
c. El proceso y las decisiones del tribunal.....
ii. El Tribunal de Apelaciones.....
a. Composición y funcionamiento.....
b. La competencia del tribunal y la admisibilidad de una demanda.....
X. Las controversias comerciales no internacionales y los órganos de solución.....
1. Principios generales aplicables.....
2.Definición de controversia no internacional o internacional no interestadal.....
3.Los medios de solución administrados por centros institucionalizados.....
a. Generalidades
b. La Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI).....
c. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de inversiones (CIADI).....
d. La diversidad de los mecanismos internacionales institucionales.....
e. El arbitraje internacional institucional.....
4. Sobre la jurisdicción y la competencia.....
a. La jurisdicción de la CCI
b. La jurisdicción y la competencia del CIADI.....

c. La expresión del consentimiento.....
d. La competencia de la competencia.....
e. La remisión de una controversia al Centro en la cual participa un Estado no Parte: Aplicación de las Reglas del Mecanismo Complementario.....
.5. El procedimiento dentro del CIADI y de la CCI.....
a. Los procedimientos no jurisdiccionales .....
b. El procedimiento arbitral.....
i. En el marco de la CCI.....
ii. En el marco del CIADI.....
iii. Procedimientos incidentales.....
6. El Derecho aplicable por el tribunal
7. El fin del procedimiento.
a. En el marco de la CCI
b. En el marco del CIADI
c. La ejecución del laudo arbitral
XI. La solución de controversias en relación con la propiedad intelectual…….......
..
1. Naturaleza de la controversia.....
2. Los mecanismos de solución de controversias facilitados por el Centro de mediación y Arbitraje.....
a. La mediación
i.La mediación y el arbitraje
ii. El acuerdo en la mediación
b. El Arbitraje
i. El arbitraje
ii.El arbitraje acelerado
iii. Los laudos arbitrales y su ejecución
c. El acuerdo en el ámbito de la Mediación y los laudos en el ámbito arbitral.
d. Competencia y aspectos procesales

BIBLIOGRAFIA…….

I

Sujetos y actores internacionales.
Fuentes del Derecho Internacional.

Introducción

La sociedad internacional, las relaciones internacionales y el Derecho Internacional.

La revisión y actualización de los Volúmenes I y II de "Fundamentos de Derecho Internacional Público", publicados en 2010 y 2011, exige una Introducción en la que a título de Capítulo Preliminar, se haga referencia a los cambios que han ocurrido en la sociedad y en las relaciones internacionales a través de los tiempos; y, su incidencia en la formación y en la elaboración del Derecho Internacional.

La norma jurídica, como sabemos, se forma o se elabora en función de la realidad que pretende regular, es decir, en función de la sociedad. En el contexto del Derecho Internacional, la normativa se forma o se elabora en función de las realidades de la sociedad internacional y de las relaciones entre los sujetos que la integran. En algunos casos, la norma y los principios que surgen van más allá y buscan facilitar los cambios que se prevé ocurrirán en ese medio, lo que nos aproximaría al desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Sin duda alguna, el mundo se transforma constantemente y ello incide en la formación y elaboración del Derecho Internacional. Si ayer se aceptaban algunas conductas, como el recurso a la fuerza para resolver las controversias internacionales, la práctica de la esclavitud o formas inhumanas de hacer la guerra, hoy se rechazan y se da paso a un régimen jurídico más estructurado que busca ante todo la paz y la seguridad internacionales y el progreso y el bienestar de la humanidad. Si ayer los Estados, únicos sujetos y actores entonces, actuaban para defender en forma exclusiva sus interses individuales, hoy se plantean vínculos indispensables de cooperación y de solidaridad para enfrentar los problemas comunes que afectan a la humanidad.

La historia muestra la evolución de la sociedad internacional, de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional. La paz de Westfalia (1648) abre definitivamente el camino hacia el establecimiento de una sociedad internacional organizada, aunque

desde luego, estaba limitada a un espacio particular, Europa. Una especie de cohabitación de Estados soberanos e iguales se establece entonces. Con los Tratados suscritos al término de la Guerra de los Treinta Años, los Estados europeos rechazan su sumisión a los poderes de entonces, el Papado y el Imperio, basándose en el principio de la igualdad soberana. La Paz de Westfalia es la partida de nacimiento del sistema europeo de Estados1 que prevalecerá como único, aunque reducido y homogéneo, además, hasta el siglo XIX, cuando las colonias de América logran su independencia. Primero Estados Unidos, en 1776; mas tarde Haití, en 1804; luego las colonias españolas, entre 1811 y 1821 y, Brasil, en 1822. De una sociedad europea se transitaba entonces hacia una sociedad más amplia, una sociedad universal en la que los Estados eran los únicos sujetos de Derecho Internacional, es decir, los únicos que participaban en las relaciones internacionales y en la función normativa. Ese primer cambio cuantitativo, aunque ciertamente no cualitativo, pues los nuevos Estados que se incorporaban a esa nueva sociedad estaban íntimamente relacionados, histórica, jurídica e ideológicamente a sus antiguas metrópolis, permite una visión mas amplia del Derecho Internacional.

Tras largos periodos de colonización y dominacion, los países y pueblos coloniales buscan su independencia, a través de la luca armada muchas veces. Ante esa aspiración colectiva que refleja un cambio surgen principios y normas para dar una rspuesta, entre ellos, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, un derecho reconocido en Europa antes de 1776, por los Cantones suizos y las Provincias Unidas con respecto a Austria y España; y, confirmado más tarde por la Revolución Americana cuando los representantes de los Estados Unidos de América reunidos en Congreso General declaran que "esas Provincias son y tienen el derecho de ser Estados libres e independientes".

El 1945, en circunstancias muy distintas, el principio se universaliza y se inscribe en el Derecho Internacional positivo. Se inicia entonces un proceso de descolonización de los países y pueblos

---

1 TRUYOL y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*, p.30, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004.

coloniales que será legitimado con la adopción de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1960, que consagra el principio de la autodeterminación de los pueblos, que sera confirmado más tarde en diversos textos internacionales, entre los cuales, la Declaración de 1970, adoptada por la resolución 2625 (XXV). Surgen de este proceso los nuevos Estados, en su mayor parte antiguas colonias de países europeos, en África, Asia, Oceanía y en el Caribe americano, lo que cambiará el mapa mundial de entonces.

Sin duda, tal como lo dijo la CIJ en su Opinion Consultiva sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo,* que "la evolución del derecho a los pueblos a su autodeterminación es uno de los principales desarrollos del Derecho Internacional durante la segunda mitad del siglo XX" (CIJ, Rec.2010, pars. 79 y 82).

La sociedad internacional continuó reducida y homogénea, como anotamos antes, hasta el final de la primera guerra mundial, en 1918. El triunfo de la revolución rusa en 1917 y el nacimiento de la Unión Soviética marca una pauta de heterogeneidad muy relevante en la estructura de la sociedad internacional y en las relaciones internacionales que abre espacios a modelos políticos, económicos y sociales opuestos que luchan por una mayor presencia en el escenario internacional. Unas relaciones tensas que prevalecerán por décadas, lo que por supuesto incide en la evolución del ordenamiento jurídico y de las instituciones internacionales, aunque los estudiosos del Derecho, individuos y asociaciones, no detienen sus reflexiones sobre el Derecho Internacional.

Después de la creación de las Naciones Unidas, se pasa al período de la guerra fría que afectó las relaciones internacionales por varias décadas. Las negociaciones jurídicas sufren una parálisis relativa, a pesar de que se fortalece el proceso de codificación del Derecho Internacional, con la adopción de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho del Mar y de Viena sobre los tratados y las relaciones internacionales (Relaciones diplomáticas, Relaciones consulares, misiones especiales) en base a la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), el órgano asesor de la Asamblea General, en lo que respecta a la codificación y al desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Después de la caída del muro de Berlín, surge un período distinto y particular, indefinido pero real, que afecta las relaciones internacionales en todos sus ámbitos, incluido el jurídico: la **globalización**, que se traduce en interdependencia y que tiene rasgos mas materiales qe simplemente geográficos. Sus formas y sus efectos son parte del debate político de hoy. Algunos consideran que la globalización debe superarse con otros esquema de relación entre los sujetos y actores que operan en el ámbito internacional; otros piensan que esa interdependencia es positiva, favorable y que simplemente debe construirse o perfeccionarse en consideración de los intereses colectivos, es decir, del bien común. Algunos la aceptan, otros la rechazan. Pero es una realidad que determina el curso de las cosas, de la economía, de la sociedad, del derecho mismo. No hay dudas de que ella aporta soluciones al permitir a todos acceder a un espacio común en crecimiento; pero también es cierto que ella crea temores, sobre todos en los más vulnerables que temen ser sometidos por los más poderosos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, notamos que la globalización se refleja en la existencia y necesaria convivencia entre las normas generales, sean ellas universales o regionales, con la normativa de los regímenes especiales, lo que se traduce en la "fragmentación ", un fenómeno institucional y normativo, propio de las nuevas realidades, que conduce a la interpretación y adecuación del orden jurídico universal y regional, general y especial, mediante la aplicacion mas adecuada que permita la mayor armonización, de principios fundamentales de interpretación, como *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali.*

La fragmentación fue inicialmente considerada en sus aspectos negativos, surgida de la preocupacion por contradicciones expresadas por tribunales internacionales, especialmene el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPAY) que modifico el criterio de atribucion de la responsabilidad, considerado por la CIJ en el Caso de la *Actividademilitares y Paramilitares en, contra y desde Nicaragua.* El tema, considerado después por la CDI, la que concluye en un importante estudio sobre el tema, se titulo mas tarde y con razón: Dificultades derivadas de la diversificación y la expansión del Derecho Internacional. En realidad, no se trata solamente de riesgos, lo que

plantea esta divesificacion y expansión, si no oportunidades, para el desarrollo del Derecho Internacional y su adaptación a las nuevas realidades, marcada hoy por esa incirerta globalización.

La universalización de la sociedad internacional crea nuevas divergencias en base a las legítimas exigencias de los nuevos Estados de participar en igualdad de condiciones en las relaciones internacionales y en la elaboración del Derecho Internacional, procesos en los cuales no habían participado hasta entonces, para hacer de ese ordenamiento jurídico un Derecho universalmente aplicable, en el que se reconozcan los intereses y las visiones necesariamente diversas, de la comunidad internacional en su conjunto que surge entonces.

La sociedad internacional crece cuantitativamente a la vez que cualitativamente con la presencia en las relaciones internacionales de nuevos sujetos de Derecho Internacional: las organizaciones internacionales. Asi, al lado de los Estados, se fortalece el sistema multilateral. Las nuevas realidades y la necesidad de cooperar en áreas técnicas y administrativas da lugar a la creación de las primeras organizaciones internacionales en el siglo XIX, con la creación de las Comisiones fluviales (Comisión del Rhin, 1831 y Comisión del Danubio, 1856) y de las primeras Uniones administrativas: la Unión Telegráfica Internacional, en 1865; la Unión Postal Universal, en 1878, instituciones que se fortalecerán con el tiempo y precederán la creación de la Sociedad de Naciones, primera tentativa de una organización universal, en 1919. Al mismo tiempo, se observan los movimientos regionales en favor de la organización internacional. En el ámbito americano, la Unión Panamericana, en 1899 y más tarde, sobre esa base, la creación en 1945, de la Organización de Estados Americanos.

Los cambios en la sociedad internacional, siempre tendientes a la constitución de una comunidad internacional, pese a la diversidad existente, permite también el reconocimiento de cierta subjetividad internacional al Individuo en Derecho Internacional lo que se traduce en el reconocimiento de sus derechos y en la atribución de obligaciones según el Derecho Internacional: la responsabilidad penal internacional del individuo, piedra angular de la justicia penal internacional y de la Corte Penal Internacional, en particular,

planteada antes, trás San Solferino y más tarde en el Tratado de Versalles, de 1919.

Hasta la segunda guerra mundial el Derecho Internacional se preocupa fundamentalmente por regular las relaciones entre los Estados sin que lo que ocurriese dentro de ellos fuese de su interés. El Estado disponía, sin restricciones, salvo las que se imponia a través de ese actividad contractual, de todo lo que estuviese dentro de su territorio. Las nuevas realidades exigen una mayor flexibilidad del concepto, es decir, una apreciación más amplia de la soberanía que no será, a partir de entonces y menos aún hoy, una barrera para impedir que cuestiones de interés común, como el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, sean extraídas de las jurisdicciones internas para colocárseles en el ámbito del interés internacional, dando lugar a la creación de regímenes jurídicos particulares. Al mismo tiempo, surgen nuevos conceptos jurídicos en función de esas realidades: normas imperativas o del *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, lo que examinaremos detenidamente más adelante.

Ante los conflictos internacionales y las crisis humanitarias, en todos los tiempos, más en épocas recientes, la consciencia humana reacciona y abre los espacios para la evolución de la normativa internacional y de los mecanismos para controlar su efectividad lo que ha dado lugar a la creación y el fortalecimiento del Derecho Internacional Penal y a la creación de órganos jurisdiccionales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional, a la cual nos referimos en en el Volumen III, resumen del esfuerzo que busca la represión de los crímenes internacionales y la erradicación de la impunidad, en favor de la paz y de la seguridad internacionales y de la intetgridad física y la dignidad de la persona.

Los peligros que encierra el deterioro del ambiente ha estimulado también la reflexión y en esa misma dirección, el surgimiento de normas, principios y mecanismos internacionales que permitan su protección. Vemos una evolución importante del Derecho Internacional. Por ejemplo,en el marco del Derecho del Ambiente que ha pasado de Estcolomo, 1972; a Kyoto, 1998. De las relaciones de Estados vecinos y de contaminación transfronteriza, a la preservación de lo biosfera y a la protección del ecosistema.

Los conflictos han marcado siempre el rumbo de las relaciones internacionales y la formación del Derecho Internacional. En la antigüedad, en Egipto, en Grecia y más adelante, en la Edad Media, sin que se pueda reconocer la existencia entonces de una sociedad internacional estructurada, como la contemporánea, los conflictos y las políticas de dominación y de expansión marcaban las relaciones internacionales y, en consecuencia, las reglas que regulaban las relaciones entre esas entidades, sin pretender tampoco afirmar que existiese un Derecho Internacional igualmente estructurado. El descubrimiento de América marca una referencia fundamental en la formación del Derecho Internacional, especialmente, en relación con los derechos humanos. Muestras de preocupación sobre la vida y la dignidad del hombre surgen durante el proceso de colonización y las formas de relación de entonces. La obra de Vitoria y de Suárez (siglos XV y XVI) responde a las inquietudes de la época. Muchos otros hechos, algunos no vinculados directamente a las guerras o los conflictos pero sí a la lucha por el poder, estimulan el pensamiento jurídico que marca la evolución del Derecho Internacional a través del tiempo: La obra de Gentili, Grocio, de Vattel (siglos XVI-XVII) es una referencia obligatoria en la formación y el estudio del Derecho Internacional.

Los cambios ocurridos en el siglo XIX y que se acentúan a lo largo del siglo XX, conducen al establecimiento de regímenes particulares que regulan las nuevas realidades, las nuevas actividades. Es asi como surgen el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más adelante el de los refugiados. Ante la realidad de la existencia y el rol cada vez mayor de las organizaciones internacionales, el Derecho Administrativo Internacional, el Derecho del comercio multilateral. Frente a los crímenes de mayor trascendencia internacional, el Derecho Penal Internacional y ante las nuevas realidades económicas, financieras y comerciales internacionales, surge también un conjunto de normas, principios y mecanismos para regularlas, desarrollo que conduce a la concepción de un arbitraje distinto al interestadal: el arbitraje comercial internacional, mediante el cual se conocen controversias planteadas entre un Estado y una entidad distinta, por lo general, un inversionista extranjero, protegido por tratados suscritos entre

Estados. Y, el arrglo cuasi-jurisdiccional, un ejemplo los órganos establecidos en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En este contexto, en medio de estas nuevas realidades, la sociedad civil emerge o se confirma como un actor importante, más la organizada a través de las organizaciones no gubernamentales, algunas nacionales otras internacionales, que ejercen una influencia importante en el tratamiento de determinados temas que ocupan la agenda internacional y en la función normativa internacional. La participación de la sociedad civil en los foros internacionales se intensifica en este periodo, especialmente, como se refleja en la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuyo proceso las ONG tuvieron un ro determinante. En el Consejo de Seguridad, hasta los 90 una espacio exclusivo para los Estados, se implementa la formula Arria, propuesta por el entonces Representante de Venezuela ante las Naciones Unidas, Dieo Arria, que permite el acceso, a solicitud de uno de los Miembros, a la sociedad civil, cuyos efectos han sido positivos respecto del tratamiento de los temas sometidos al Consejo.

La transformación de la **sociedad internacional** y de las **relaciones internacionales** se refleja en las coincidencias entre los Estados, acerca de los **intereses comunes** que van apareciendo a lo largo del siglo XX, aunque antes había ya ciertos rasgos que permitían ver que algunos asuntos podían ser abordados y resueltos por los Estados, en forma consensuada. Sin embargo, es ahora y quizás en el contexto de esa nueva forma de relación, que se traduce en **interdependencia** y que exige mayor **solidaridad,** que el hombre toma consciencia, como nunca antes, de las realidades y de la necesidad de enfrentar los problemas comunes que afectan la vida humana y la del planeta, como la protección de los derechos humanos y del medio ambiente; la lucha contra el terrorismo y la necesidad de erradicar la impunidad por crímenes internacionales, entre otros, permiten el surgimiento de principios que van a marcar esa tendencia hacia la constitución de una verdadera comunidad internacional, un proceso inacabado que se muestra difícil de detener.

De una sociedad internacional se transita entonces hacia una comunidad internacional en la que los intereses dejan de ser individuales para dar paso al interés colectivo. De alli los nuevos conceptos: **comunidad internacional,**que para algunos podría tener cierta subjetividad internacional y que veremos con mayor detenimiento más adelante; y, el concepto de **patrimonio común de la humanidad** que se recoge en diversos instrumentos internacionales, en relación con espacios específicos, como en la Declaración de Principios que reulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jusridcción nacional (Res.2749 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se precisa que "los fondos marinos y oceánicos (...) son patrimonio común de la humanidad".También se hace referencia al concepto en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay), en particular, en su Parte Preambular en la que se expresa que: "Teniendo presente que el logro de esos objetivos contribuirá a larealización de un orden económico internacional justo y equitativo quetenga en cuenta los intereses y necesidades de **toda la humanidad**..." Y, en el artículo 136 de dicha Convención en el que se afirma que "la Zona y sus recursos son **patrimonio común de la humanidad**".

Es cierto que no se puede hablar hoy de la existencia de una comunidad internacional como entidad sociológica, basada en la solidaridad y en los intereses y los sentimientos comunes, que deja de lado los intereses individuales de los Estados, pero si se puede afirmar que se transita hacia ese nuevo estadio. La humanidad entera es un concepto de referencia constante que implica que la comunidad va más allá de los Estados. Se plantea incluso hoy la subjetividad de la comunidad internacional pero, desde luego, concluir que tiene una verdadera titularidad jurídica no sería realista, a pesar de que se hace referencia a ella en instrumentos jurídicos internacionales, como en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En todo caso "la sociedad en tránsito en la que nos encontramos va incorporando diversos elementos que atienden, de manera preferente, a intereses compartidos y comunes de los Estados y de los demás sujetos de Derecho Internacional".2

2 DIAZ BARRADO, Cástor Miguel. *El Derecho Internacional del tempo presente*, p. 200,

El Derecho Internacional evoluciona *pari passu* de la sociedad y las relaciones internacionales. La respuesta a esas realidades incide en su concepción. El Derecho Internacional deja de ser absolutamente **voluntarista**, para dar paso a la visión **objetivista** que permite la construcción de un orden jurídico distinto en el que la voluntad del Estado no es más la única determinante en la formación del Derecho Internacional. Se construye hoy un orden público, no sin dificultades, pero si con mayor certeza. La prohibición del recurso a la fuerza, la construcción del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario muestran la evolución y las tendencias del Derecho Internacional.

El **voluntarismo**, basado en la igualdad de los Estados y en la soberanía, entendida ella en su forma clásica, considera que las normas jurídicas que vinculan a los Estados provienen sólo de la voluntad de éstos, tal como lo afirma la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en 1927, en su Decisión en el Caso *Lotus,* cuando concluye que: "El Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas que vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones o en usos generalmente aceptados como que consagran principios de derecho y establecidos con miras a solucionar la coexistencia de estas comunidades independientes o en la búsqueda de objetivos comunes. Las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen."3

Los Estados, es cierto, hasta hace poco, eran libres de comprometerse y asumir obligaciones internacionales, en base al ejercicio pleno de su soberanía; también, de denunciar los tratados internacionales, dentro del mnarco del "Derecho de la coexistencia", analizado por Abi Saab. (ABI SAAB, G., *Cours General de Droit International*, RCADI, 1987, Vol. VII, pp: 9-463). Sin embargo esa tendencia comienza entonces a ceder a favor de una visión mas objetivista del Derecvho Internacional, basado quizás en la solidaridad y en la necesidad de un orden público internacional.

Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.
3 CPJI, Serie A, No. 10, p.18.

Para muchos, los Estados no pueden estar obligados por normas que no han consentido, pero la realidad es que "el cuerpo social internacional ha siempre impuesto su voluntad, incluso a los Estados disidentes."4 Durante el período de la guerra fría los Estados socialistas y los del tercer mundo compartían o justificaban la tesis voluntarista; pero la realidad es que después del fin de este período, tras la desaparición del mundo comunista, la doctrina favorece el objetivismo. Los valores universales se imponen, los derechos humanos, el medio ambiente, la democracia "no obedecen mas a la lógica del acuerdo"5.

Esta tendencia se refleja también en la formación de normas de acance universal y de ciertas decisiones de órganos internacionales que en una especie de función legislativa internacional muy particular, impone obligaciones a los Estados que incluso no han participado en ese proceso. En este ultimo contexto obervamos las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, en relación con determinadas materias, considerads de interres universal, como la lucha contra el terrorismo, que imponen obligaciones a tos los Estados, independietemente de su participaicon en el proceso de elaboración. Una novedad impresionante, como lo dice Condorelli (CONDORELLI, L., Les attentats du 11 septembre el leurs suites: ou va le droit international? RGDP, 2001,4, p.834. Este texto equivale, según el, en sustancia, a una convención universal muy exiotosa con la ventaja de que "el texto entra e vigor con una enorme velocidad y compromete *iso facto* a todos los Estados sin que fuera necesaria negociaciones prolngadas en el marco de una Conferencia diplomática, ni de adhesión o ratificación de la parte de ellos." (Articulo citado, p.834).

El concepto de **orden público** se plantea, las **normas imperativas de derecho internacional o del *jus cogens*** son reconocidas, así como las **obligaciones *erga omnes*.** Una evolución también en cuanto a la aceptación de una interpretación más amplia del artículo 38 del Estatuto de la CIJ en el que se enuncian las **fuentes**

---

4 QUADRI, Rolando. *Le fondement du caractere obligatoire du droit international public*, RCADI, 1952, Vol.I, pp:579-633.

5 LAGHMANI, Slim, *La volonté des Etats est-elle ancore au fondement du droit internatio-nal?*Cursos Euromediterráneos de Derecho Inernacional, vol.XI/XII, p.78, 2007-2008.

principales de Derecho Internacional. Surgen y se fortalecen principios igualmente fundamentales que regulan las relaciones internacionales: la cooperación y la solidaridad internacionales, que permiten nuevos conceptos jurídicos que responden a las nuevas realidades: comunidad internacional, patrimonio común de la humanidad.

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)6 se reconoce la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional o del *jus cogens*. En el articulo 53 de ella se le define como "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter". Se trata de normas inderogables, no fáciles de definir pero que responden al concepto de comunidad internacional y de los intereses superiores. Normas de naturaleza superior que obliga no solamente a los Estados, sino a las organizaciones internacionales, como lo reconoce el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, cuando afirma que "el Derecho Internacional permite considerar que existe un límite al principio obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad: ellas deben respetar las disposiciones perentorias fundamentales del *jus cogens*."7

La doctrina y la jurisprudencia internacionales han determinado que ciertas obligaciones son de naturaleza superior o del *jus cogens*. En el caso *Furundzija*, la Sala de Primera Instancia del tribunal para la antigua Yugoslavia consideró que "el rechazo universal que supone la tortura da lugar a una serie de normas convencionales y consuetudinarias que tienen un lugar elevado en el sistema normativo internacional, un lugar comparable al de otros principios como la prohibición del genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial, de la agresión, de la adquisición de territorios por la fuerza y de la supresión por la fuerza, del derecho a la autodeterminación de los pueblos. La prohibición de la tortura presenta rasgos importantes que comparte con otros principios generales de protección de los derechos

---

6 Doc. de Naciones Unidas: A/Conf.39/27, United Nations Treaty Series 331, en vigor desde el 27.1.1980.

7 Decisión del 21 de setiembre de 2005, T-306/01.

humanos, su naturaleza de obligación *erga omnes* y su valor de *jus cogens*. En razón de la importancia de los valores que protege este principio se ha convertido en norma imperativa o del *jus cogens*, es decir, una norma que se sitúa en la jerarquía internacional por encima del derecho convencional e incluso de las normas de derecho consuetudinario "ordinario". La consecuencia mas importante es que los Estados no pueden derogar este principio mediante tratados internacionales, de costumbres locales o especiales e incluso por reglas consuetudinarias generales que no tienen el mismo valor normativo."8

El cese de la violación de una norma del *jus cogens* y la reparación debida puede ser reclamada, y eso es novedoso, no solamente por el Estado directamente afectado, sino por cualquier Estado, capacidad que se traduce en la posibilidad de ejercer una ***actio popularis***9, como se plantea en las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario, lo que refleja un avance importante, favorable al Derecho Internacional Penal y a los tribunales internacionales.

Surge también el concepto de **obligaciones *erga omnes***, es decir, las obligaciones que tienen los Estados hacia la comunidad internacional. En 1970 la CIJ, en el Caso de la *Barcelona Traction* introdujo el concepto de obligaciones *erga omnes*, obligaciones que van más allá de las relaciones recíprocas entre los Estados. Las obligaciones *erga omnes*, dice la Corte, "emanan del Derecho Internacional contemporáneo, de la determinación ilícita de los actos de agresión y de genocidio, también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Algunos de esos derechos de protección se han integrado al derecho internacional general (...) otros surgen de

8 T-95-17/1-T, Decisión de la Sala de Primera Instancia, del 10 de diciembre de 1998, paragrafos143-157.

9 En el Diccionario de Derecho Internacional, Ed. El Nacional, Caracas, 2012, se le define como "accion o demanda en la cual se pretende la reivindicacion de un derecho atinente a la comunidad internacional como un todo, sin que exista un legitimo interes propio por parte del demandante en hacer valer tal derecho."

instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal."10

Las nuevas realidades inciden también en una consideración más amplia de las fuentes de Derecho Internacional enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ antes referido. Nuevas fuentes, como las **resoluciones de las organizaciones internacionales** y los **actos unilaterales de los Estados,** estos últimos objeto de una ardua labor en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), durante una década, que adopta una serie de Principios reguladores de su funcionamiento que reflejan esa evolución a la que nos referimos, del Derecho Internacional11. Habria que agregar, reflejo de las neuvas realidades, la existencia y la naturaleza y el valor de textos internacionales distintos al tratado que pueden ser consideradas fuentes del Derecho Internacional. Me refiero a los Comunicados y Declaraciones Conjuntas y a los Comunicados de Prensa que se emiten, suscritas o no, al termino de un encuentro entre representantes de Estado. Tambien tienen valor, sin ser tratados en el sentido estricto del termino, las Minutas o Proces Verbaux que se acuerdan al final de reuniones internacionales. En ellos se puede reflejar la voluntad de las partes; ellos pueden contrener acuerdos que constituyen por si mismo fuentes de derechos y obligaciones a cargo y a favor de los Estados que participan.

Al lado de esa proliferación de normas, la diversificación y la multiplicación de órganos de control, incluso de instcnias jurisdiccionales internacionales que actúan para hacer prevalecer el estado de derecho, aunque pueda existir el riesgo que tal diversificación pueda afectar la unidad de la jurisprudencia interncional.

Esta introducción no pretende otra cosa que acercar al lector al Derecho Internacional como producto jurídico regulador de la sociedad internacional. Abordamos en las dos Partes: **(I) Sujetos y actores internacionales;** el Estado, las organziaciones internacionales,

---

10 Decisión del 5 de febrero de 1970, (2a fase), CIJ. Rec.1970, p. 32, § 34.

11 Ver Conclusiones de la CDI en el 2006 y la Definición en la Enciclopedia de Derecho Internacional, EPIL, RODRIGUEZ CEDENO, Victor y TORRES CAZORLA, María Isabel. 2007. TORRES CAZORLA, María Isabel, *Los Actos Unilaterales de los Estados*, tecnos, Madrid, 2010.

el Individuo, algunos sujetos *sui generis*, la comunidad internacional; y, los distintos actores que sin ser sujetos en el sentido estricto del término, participan en las relaciones internacionales. En la Parte **(II)** abordamos las **fuentes del Derecho Internacional:** El Tratado, la Costumbre, los Principios Generales del Derecho, las fuentes auxiliares y las nuevas fuentes del Derecho Internacional.

En la**Parte III** nos referimos alas **situaciones** y las **controversias internacionales y otras que no tienen este carácter,** aunque son jurídicas**,** lo que incide en el mecanismo al que se puede recurrir y en el derecho aplicable; en la **Parte IV** a las **normas y principios fundamentales reguladores de la solución de las controversias internacionales**: la **obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para solucionar las controversias**, la **obligación de resolver las controversias por medios pacíficos** y el **principio de la libre elección de los medios de solución;** en la **Parte V**Los **mecanismos no jurisdiccionales de solución de controversias**: la **negociación internacional,** la **investigación** o **encuesta internacional**, la **mediación,** los **buenos oficios,** la **conciliación internacional** y el **recurso a los organismos o acuerdos regionales;** en la Parte **VI,** abordamos los **mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias internacionales**: El arbitraje y el arreglo judicial, con particular referencia a la Corte Internacional de Justicia.

En la labor de revisión y actualización del texto, consecuencia de los constantes cambios que se producen en las relaciones internacionales y en el Derecho Internacional, abordamos en la Parte VII**, el sistema de solución de controversias que se pueden plantear en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar** (Montego Bay) y el complejo sistema de solución de controversias que se presenta, que responde a las caracteríticas particulares de dichas controversias en las que pueden ser parte los Estados y entidades distintas a éstos, como veremos en su oportunidad.

Igualmente, en la Parte VII**,** se examina **el sistema de solución de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)**; En la Parte XI**, las controversias administrativas internacionales: El Tribunal Administrativo de la Organización**

Internacional del Trabajo (TANU) y el Sistema de Adminsitración de Justicia interna de las Naciones Unidas. En la Parte X, **las controversias comerciales no internacionales y los órganos nacionales de solución y** en la Parte XI, se aborda **la solución de controversias en relación con la propiedad intelectual.**

En el Voumen III de esta obra, ahora en preparación, abordamos dos temas vinculados a los derechos y las obligaciones del hombre según el Derecho Internacional. En primer lugar, la normativa de los derechos humanos en toda su dimensión, es decir, como lo enunciamos en esta oportunidad, en relación con todos los espacios, lo que nos conduce al examen detenido de las distintas disciplinas que regulan los derechos y las obligaciones en situaciones particulares: solictantes de asilo, asilados, refugiados, migrantes, trabajadores migratorios. Presentamos un análisis, además, de los órganos de control de sus competencias, de sus estructuras y su funcionamiento.

El segundo tema que abordamos en ese nuevo Volumen se refiere a los organois jurisdiccionales internacionales cresdos para investigar, conocer y castigar a los responsables de los crímenes internacionales.

Estos dos temas, evidentemente, responden a las nuevas realidades sociales y de las relaciones internacionales, a la consciencia que se ha despertado ante las atrocidades que se han cometido y se siguen cometiendo algunas partes del mundo. Nuevas normas, nuevos principios, nuevos desarrollos de normas y principios antes establecidos.

El objetivo de este modesto esfuerzo es exclusivamente académico. Estamos convencidos de que la enseñanza y la difusión del Derecho Internacional es una obligación propia de quienes de alguna manera estamos vinculados a esta disciplina.

Caracas, Sagliano Micca (Italia),enero de 2013

I. SUJETOS Y ACTORES DE DERECHO INTERNACIONAL

A. Sujetos de Derecho Internacional y actores internacionales: definición y clasificación

No hay criterios establecidos por el Derecho Internacional para otorgar la cualidad de **sujeto de Derecho Internacional**. La doctrina es casi unánime al afirmar que tales criterios no se han precisado ni se pueden precisar, en vista de la estructuración particular de la sociedad internacional, espacio en el cual interactúan.

El Estado es el sujeto originario de Derecho Internacional y además actor principal en las relaciones internacionales. Sin embargo, el desarrollo o la evolución de la sociedad internacional ha permitido el surgimiento de nuevos "sujetos", como las organizaciones internacionales; y, de nuevos "actores" que si bien juegan un papel importante en las relaciones internacionales, no son sujetos de Derecho Internacional en el sentido estricto del término, es decir, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones en ese ámbito, plantear una reclamación ante un tribunal internacional o comprometer su responsabilidad internacional por la violación de sus obligaciones internacionales o de las normas de derecho internacional.

Algunas entidades, es cierto, participan cada vez más en el ámbito internacional, pero ello no puede significar que esa participación equivalga a la participación en la vida jurídica internacional. No necesariamente esos actores, distintos a los sujetos, están sometidos al Derecho Internacional Público. Las nuevas realidades han permitido el surgimiento de la sociedad civil organizada y las empresas transnacionales, a veces más poderosas que muchos Estados, lo que tiene alguna incidencia en la función normativa. Las ONG, como señalamos antes, han venido participando cada vez más y con mayor influencia en este ámbito, una vez exclusivo de los Estados, especialmente en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente.

En el proceso de creción de la Corte Penal Internacional, pr ejemplo, las ONG jugaron un papel fundamental, antes de la Conferencia de Roma, es decir, durante los trabajos del Comité

Preparatorio; después, durante la Conferencia Diplomática de Roma y más tarde, durante el período que concluye con la entrada en vigor del Estatuto, el inicio de sus actividades e incluso, en la Conferencia de Revisión de Kampala (Uganda) en la que se introducen enmiendas muy importantes en relación con el crimen de agresión, su definición y las condiciones necesarias para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción.

Segúnel Diccionario de Derecho Internacional**, sujeto de Derecho Internacional** es la "entidad capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones en el ámbito internacional. Igualmente, con capacidad para reclamar sus derechos y para contraer obligaciones internacionales. Entidades sometidas al Derecho Internacional"12. En realidad, como dice Díez de Velasco "si se entiende por sujeto de Derecho el destinatario de las normas jurídicas, aquel a quien estas normas atribuyen derechos y obligaciones (...) sujeto de Derecho Internacional lo es el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales"13.

Para la Corte Internacional de Justicia uno de los criterios para determinar la cualidad de sujeto de Derecho Internacional es la capacidad de **adquirir derechos y de contraer obligaciones**14**.** Otros criterios admitidos por la doctrina y por la misma Corte para determinar tal subjetividad, son la **capacidad de plantear una reclamación ante un tribunal internacional** y de ser **responsable ante otro sujeto, por la violación de una norma de Derecho Internacional.**

La cualidad de sujeto de Derecho Internacional exige y ésto es sumamente importante por cuanto se reduce al Estado y a las Organizaciones Internacionales, que la entidad de que se trate pueda participar en la elaboración de las normas, es decir, que participe en la función normativa; igualmente debe tener el derecho de reivindicar el

12 Diccionario de Derecho Internacional publicado bajo la dirección de Víctor Rodríguez Cedeño, Milagros Betancourt Catalá y María Isabel Torres Cazorla, 2ª. edición, Ed. El Nacional, Caracas, 2012.

13 DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2009, p. 272.

14 Opinión Consultiva sobre *Reparación de Daños*, CIJ, Rec.1949, p. 179.

respeto de dichas normas y el derecho de recurrir a terceros para lograrlo (normalmente a los órganos jurisdiccionales).

El **Individuo,** como veremos, es considerado por algunos, sujeto de Derecho Internacional, pues goza de derechos que le otorga el Derecho Internacional, en función de su condición de ser humano: El derecho a la vida, a su integridad y a su desarrollo integral, en particular. A la vez, es objeto de obligaciones que le impone ese mismo Derecho, cuya violación genera la responsabilidad penal internacional individual. Además, tiene acceso a los órganos internacionales, aunque en forma particular, como veremos luego.

Otras entidades distintas a los Estados que gozan de capacidad jurídica internacional, se les ha dado el calificativo de **sujetos *sui generis***. Tal es el caso de la Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Autoridad Palestina, cuya actividad en las relaciones internacionales es incuestionable, a los que nos referiremos también más adelante.

1. El Estado

No existe en Derecho Internacional una definición del término Estado que goce de un respaldo unánime. La doctrina y algunos instrumentos internacionales han tratado de delinear el concepto, facilitando ciertos elementos constitutivos que se aceptan hoy por lo general como fundamentales para la determinación del Estado como sujeto de Derecho Internacional: (a) un territorio definido, (b) una población permanente (c) un gobierno, y (d) la capacidad de entrar en relaciones internacionales con otros Estados.

Según la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933, el Estado "Debe poseer una población permanente, unterritoriodeterminado, un gobierno y la capacidad para actuar en las relaciones con los demás Estados"15. El Estado tiene la capacidad de realizar todos los actos bajo el Derecho Internacional y de

15 Artículo 1 de la Declaración de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, de 27 de noviembre de 1933.

comprometer su responsabilidad internacional por todos los actos contrarios al Derecho Internacional que le puedan ser atribuidos16.

El Estado es definido también como "una colectividad que se compone de un territorio y de una población sometido a un poder político organizado (...) y se caracteriza por la soberanía"17. Es una entidad que no está sometida a ninguna otra, excepto en la medida en que así lo acuerde; solamente está sometida al Derecho Internacional Publico que limita sus actuaciones y sus derechos.

a. Elementos constitutivos

i. Territorio

El Estado tiene un territorio definido constituido por espacios específicos, sobre los cuales ejerce su soberanía, con las limitaciones que le impone el Derecho Internacional y los compromisos que en el ejercicio de su soberanía haya asumido en sus relaciones jurídicas internacionales, reflejados incluso en Decisiones adoptadas por tribunales y órganos arbitrales internacionales, a los cuales ha recurrido voluntariamente el Estado.

El territorio, en el sentido que nos interesa, está compuesto por el **espacio terrestre**, comprendidos los cursos de agua y lagos interiores y el **espacio aéreo** y **marítimo**.Hay otros espacios sobre los cuales el Estado ejerce **competencias funcionales**, entre ellos la **Plataforma Continental,** la **Zona Contigua** y **la Zona Económica Exclusiva**, espacios que reconce hoy el Derecho Internacional, producto de su evolución ante las nuevas realidades, como veremos luego.

a. Espacio terrestre

Es inconcebible e inadmisible un Estado sin territorio. El Estado desaparece con la desaparición de su territorio. El elemento **territorio** es la base espacial sobre la que el Estado ejerce sus competencias. Si bien debe tratarse de un territorio determinado y demarcado, no es

16 ROSENNE, S. *The Perplexities of Modern International Law*, 291 RCADI, 2001, pp. 9-471.

17 Comisión Badinter Yugoslavia, Opinión Nº 1, del 29.11.91; y Opinión Nº 8 del 4.7.92.

indispensable que las fronteras del Estado estén definitivamente establecidas18. En la practica esos usual. Así, por ejemplo, el Estado de Israel fue reconocido aún cuando sus límites territoriales no se encontrasen totalmente demarcados19. Igual observación podría hacerse de Guyana, país que al momento de acceder a su independencia e incluso todavía, no ha determinado su frontera en la parte occidental, limítrofe con Venezuela, territorio sobre el cual hay incluso una reclamación por parte de Venezuela. Los espacios marinos y submarinos tampoco han sido siempre delimitados, lo que ha generado controversias jurídicas importantes, conocidas por los tribunales internacionales, algunos judiciales, como la CIJ y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar; otros arbitrales, constituídos para conocer cuestiones específicas.

Es espacio terrestre influye de manera importante en la determinación del espacio marítimo, no solamente el mar territorial si no las zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

b. Espacio aéreo y marítimo bajo jurisdicción estatal

El **espacio aéreo** es"elámbito dentro del que está contenido el aire y es, por tanto, fijo, definible, limitado, constante, apropiable y susceptible de ejercer sobre él actos de jurisdicción o soberanía"20.El espacio aéreo es la prolongación del espacio terrestre y del espacio marítimo del Estado. Su altura no ha sido nunca precisada. No existe una delimitación clara con el espacio extra-atmosférico, sometido a un régimen jurídico diferente. El perigeo más bajo de los satélites se ha considerado un punto a tener en cuenta para diferenciar espacio aéreo y espacio ultraterrestre, pero aún no se ha alcanzado un consenso total sobre esta cuestión.

La Convención de Paris de 1919, en su artículo 1, reconoce que cada Estado tiene soberanía completa y exclusiva sobre el espacio

18 RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 71.

19 BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 5ª ed., Oxford, 1998, p. 71.

20 GAVIRIA LIÉVANO, E. *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 1998, p. 163.

atmosférico sobre su territorio. La Convención de Ginebra sobre el Mar territorial de 1958 recoge este principio, al establecer en su artículo 2 que: "La soberaníadel Estado ribereño se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de esemar".La Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar (Montego Bay), en su artículo 2-2 reitera que "la soberanía del Estado costero se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar".

La Convención de Chicago de 1944 dispone en su artículo 1 que "los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio, entendiendo como territorio, a la luz del artículo 2, las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado".

El régimen del espacio aéreo internacional se basa en el principio de la libertad, sin ser absoluto, pues rige el principio de la competencia exclusiva del Estado territorial. Esto se encuentra regulado por las distintas Convenciones Internacionales, especialmente, las de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI).

Por otra parte, el territorio del Estado está constituido por sus espacios marítimos. El **mar territorial** es "la Zona de mar adyacente a las costas de los Estados sobre la que ejercen soberanía que se extiende al lecho y al subsuelo, lo mismo que al espacio que cubre el mencionado mar." En general es una zona de mar en la que el Estado ejerce soberanía con la única limitación del llamado **paso inocente** de los buques extranjeros21 término al cual nos referiremos luego.

En la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, del 29 de abril de 1958, se define este espacio en el artículo 1 del primer texto como "la zona de mar adyacente a sus costas sobre lacual se extiende la soberanía de un Estado fuera de su territorio y de sus aguas interiores". La soberanía del Estado abarca, como lo precisa la Convención, "... al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así

21 Diccionario de Derecho Internacional cit. Ref. E. GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 1998, p. 100; M. SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público,* México, Porrúa, 2003, p. 260.

como al lecho y al subsuelo de ese mar".Y,enlaConvencióndeNaciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), se establece que: "1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial; 2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar y 3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional". Adicionalmente, la Convención establece que todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la Convención. El límite exterior del mar territorial es la línea cada uno de cuyos puntos está, del punto más próximo de la línea de base, a una distancia igual a la anchura del mar territorial22.

El mar territorial se relaciona con el Estado, incluso, desde luego, cuando se trata de un Estado insular formado por un archipiélago. Las islas que pertenecen a un Estado continental generan siempre 12 millas de mar territorial, incluso si ellas se colocan dentro de la excepción a la que se refeire el artículo 121-3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM).

Los tribunales internacionales han afirmado en varias ocasiones que toda Isla, por pequeña que sea, genera un mar territorial de 12 millas. Así, la CIJ en el Caso de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrein*, CIJ, Rec.2001, pp:101-102, pár.205; *Controversia territorial y marítima* entre Nicaragua y Honduras (CIJ, Rec. 2007 (II), p.751, pár. 302) y *Controversia sobre la delimitación territorial y marítima*, entre Nicaragua y Honduras (CIJ, Rec.2012, p.21, pár.36). También el Tribunal arbitral constituido en relación con la *Controversia fronteriza entre Dubai y Chardjah* sostuvo tal criterio cuando rechazó la pretensión de Dubai según la cual el mar territorial que rodeaba Abou Moussa debía estar limitado a tres millas marinas (International Law Reports, Vol. 91, p.543, cit. Decisión CIJ, Caso *Delimitación terrestre y marítima entre Nicaragua y Colombia en el Mar Caribe).* La misma posición

22 Diccionario de Derecho Internacional, cit.

asume el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, al que nos referiremos más adelante, en el Caso de la *Delimitación en el Golfo de Bengala.*(*Controversia realtiva a la delimitación de la fronte4ra marítima entre Bangla Deshb y Myanmar en el Golfo de Bengala,* Decisión del 14 de marzo de 2012, p. 169).

Desde luego, una isla pequeña puede generar un espacio menor de mar territorial pero no por sus características o longitud, si no por que su mar territorial de doce millas se cruza con otro que genera un territorio distinto de otro Estado.

Un aspecto interesante en relación con el ejercicio de las competencias del Estado en sus espacios territoriales, es el relativo al **paso inocente** un derecho del que gozan los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, de navegar por el mar territorial de otro Estado (Diccionario de Derecho Internacional, 2012).

Los términos "paso" e "inocente" son referidos en la CNUDM. Se entiende por "paso", de acuerdo con el artículo 18 de ese texto, "el hecho de navegar por el mar territorial con el fin de atravesar dicho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores (...) o dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas, o hacer escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salir de ella."

Precisa la Convención que "el paso será rápido e ininterrumpido. No obstante, el paso comprende la detención y el fondeo, pero sólo en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos a buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave."

Si bien es un derecho de los Estados, como vimos, no es un derecho absoluto que permite cualquier actividad del buque que lo ejerce. En el artículo 19 de la CNUDM se precisa que "el paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. Ese paso se efectuara con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional." Contrariamente, la Convención determina que es "perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño" si ese buque realiza, en el mar

territorial, determinadas actividades que se indican en dicho artículo 19.

En el Caso *ARAS Libertad*, Argentina, al solicitar medidas cautelares o provsionales al Tribunal del Mar, como veremos más adelante, señalaba que Ghana, al impedir al buque de guerra aregntino salir del puerto de Toma y de las aguas jurisdiccionales, habría impedido a Argentina ejercer el derecho de paso inocente que le otorga el Derecho Internacional y en particular, la CNUDM, de la cual son partes los dos Estados en la controversia. Argentina consideraba que según los términos del artículo 18-1-b de la Convención "la definición de paso inocente comprende no solamente el derecho de entrar por las aguas interiores, si no el de salir de las aguas interiores..."

c. Espacios bajo jurisdicción funcional del Estado

El Estado ejerce ciertas competencias, que se diferencian de las competencias soberanas y excluyentes a las que nos hemos referido en el apartado anterior, sobre otros espacios: la **Plataforma continental, la zona contigua y la zona económica exclusiva.** Sobre dichos espacios el Estado ejerce derechos soberanos relativos o una **soberanía funcional**23.

i. Plataforma continental

La **Plataforma continental** es el **lecho** y el **subsuelo de las áreassubmarinas** que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental"24. Puede ser considerada también como "la tierra (suelo o subsuelo) cubierto por el mar territorial y alta mar adyacente a la costa, o, mejor aún, como la tierra del Estado ribereño sumergida en el mar"25.

Según la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 29 de abril de 1958, Art. 1, la Plataforma Continental es "el lecho del

---

23 DAILLIER, P., FORTEAU, M. y PELLET, A., *Droit International Public,* LGDJ, 8ª ed., p. 457, pár. 270.

24 SEARA VÁZQUEZ, M., *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2004, p. 267.

25 GAVIRIA LIÉVANO, E., *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 1998, p. 142.

mar y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de zona de mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas. El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de islas".

Y, el Art. 2 del mismo texto señala que:

> "1. El Estado ribereño ejerce derecho de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales.
>
> 2. Los derechos a que se refiere el párrafo 1 de este artículo son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades o reivindicar la plataforma continental sin expreso consentimiento de dicho Estado.
>
> 3. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa".

En los artículos 76 y siguientes de la Convención de Montego Bay se aborda el concepto de la plataforma continental que tal como lo ha considerado la CIJ forma parte del Derecho Internacional consuetudinario. (CIJ, Rec. 2012, p.43, pár. 118).

El artículo 76 dice que:

> "1. La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.
>
> 2. La plataforma continental de un Estado ribereño no se extenderá más allá de los límites previstos en los párrafos 4 a 6.
>
> 3. El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el

subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental. No omprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo.

4. a) Para los efectos de esta Convención, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante:

i) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1 % de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud continental; o

ii) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.

b) Salvo prueba en contrario, el pie del talud continental se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base.

5. Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la plataforma continental en el lecho del mar, trazada de conformidad con los incisos i) y ii) del apartado a) del párrafo 4, deberán estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isobata de 2.500 metros, que es una línea que une profundidades de 2.500 metros.

6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 5, en las crestas submarinas el límite exterior de la plataforma continental no excederá de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Este párrafo no se aplica a elevaciones submarinas que sean componentes naturales del margen continental, tales como las mesetas, emersiones, cimas, bancos y espolones de dicho margen.

7. El Estado ribereño trazará el límite exterior de su plataforma continental, cuando esa plataforma se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante líneas rectas, cuya longitud no exceda de 60 millas marinas, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud.

8. El Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde laslíneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el Anexo II sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determine unEstado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios.

9. El Estado ribereño depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas cartas e información pertinente, incluidos datos geodésicos, que describan de modo permanente el límite exterior de su plataforma continental. El Secretario General les dará la debida publicidad".

La jurisprudencia confirma la definición del concepto. Así, la CIJ en su Decisión sobre el Caso de *la Plataforma Continental del Mar del Norte* señaló que "con la expresión «plataforma continental» se designa, en términos generales, el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas de un Estado, respecto a los cuales dicho Estado tiene reconocidos por el Derecho Internacional derechos soberanos a efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales"26.

ii. Zona contigua

Según el Diccionario de Derecho Internacional, la **Zona Contigua** es "el espacio marino adyacente al mar territorial que puede extenderse desde el límite exterior de éste hasta las veinticuatro (24) millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la

26 CIJ. Rec.1969. párrs. 37-59. Ver la Decisión de la CIJ, del 2 de junio de 1985, en el Caso de la *Plataforma continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta). Ver también la Decisión de la CIJ, del 10 de diciembre de 1985, en el Caso de la *Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso relativo a la Plataforma Continental* (Túnez c. La Jamahiriya Árabe Libia). También, la Decisión del 21 de marzo de 1984, en relación con la intervención, en el Caso relativo a la *Plataforma Continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Solicitud de permiso para intervenir, decisión del 21 de marzo de 1984.

anchura del mar territorial. La extensión de la zona contigua depende de la anchura del mar territorial del Estado ribereño, en cuanto puede tener una extensión mayor si dicho Estado delimita su mar territorial a una anchura menor de doce millas marinas".

La Zona Contigua fue considerada por primera vez en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua del 29 de abril de 1958, que transformó en institución una nueva zona de aguas adyacentes al mar territorial con derechos o competencias especiales, fragmentadas y limitadas en favor del ribereño.

La CNUDM regula en el artículo 33-4 la naturaleza jurídica de la zona contigua como un espacio marino determinado en el que el Estado ribereño puede proteger ciertos intereses. **Los derechos soberanos del Estado ribereño están limitados al ejercicio de ciertas competencias referentes a materia aduanera, sanitaria, fiscal y de policía.** A esos efectos, la Convención establece que en una **zona contigua a su mar territorial "**el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; y para sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial".

iii. Zona económica exclusiva

La **Zona Económica Exclusiva (ZEE),** espacio sobre el cual el Estado ejerce una competencia igualmente limitada o funcional, es definida como el "área situada fuera del mar territorial y adyacente a éste que puede extenderse desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas (200) millas marinas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial, incluida la zona contigua. A la zona económica exclusiva también se la denomina como MarPatrimonial,parareferirse al área en la que un Estado tienederechos especiales de exploración y explotación, conservación y administración de sus recursos naturales con sujeción al régimen jurídico particular establecido en la Parte V (Arts.55-75) de la CNUDM de 1982"27.

---

27 Diccionario de Derecho Internacional, cit.

La CNUDM fija el régimen jurídico internacional de la zona económica exclusiva con el establecimiento de los derechos, la jurisdicción y los deberes del Estado ribereño. En la Convención se fijan también las competencias del Estado ribereño con respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; la investigación científica marina; y, la protección y preservación del medio marino. Esteartículoordena, además, que el Estado ribereño tenga debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actúe de manera compatible con las disposiciones de la Convención en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la zona económica exclusiva.

d. Delimitación y demarcación

El territorio es por lo general delimitado y demarcado, operaciones distintas, por las que se fijan y establecen las fronteras del Estado. No en todos los casos, como dijimos antes, los Estados han logrado establecer sus límites y demarcarlos definitivamente, lo que genera en sus relaciones bilaterales limítrofes, controversias importantes por lo general sometidas a negociaciones y en su defecto, a medios pacíficos de solución, el arreglo judicial (CIJ) u órganos arbítrales. La falta de límites o de demarcación, como hemos dicho, no constituye una objeción al reconocimiento de la existencia de un Estado, como lo dijo la CIJ en 1969, en su Decisión en relación con el Caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte,* cuando afirmó que ninguna norma dispone (...) que las fronteras terrestre de un Estado deban estar completamente delimitadas y definidas..."28

La delimitación es un proceso que puede ser emprendido por las partes limítrofes o por un tercero, a veces un órgano jurisdiccional o un árbitro, cuando dichos Estados deciden someterle tal ejercicio. Los métodos de delimitación son varios, especialmente cuando se trata de espacios marítimos: **equidistancia**, **linea media**. En el contexto de la delimitación marítima, en particular, la Corte ha recurrido a varios de esos métodos fundándose en el concepto jurídico de "zona pertienente".

28 CIJ. Rec.1969, p. 46.

En el Caso de la *Controversia terrestre y marítima en el Caribe,* la Corte desarrolla este proceso en varias etapas. Primero determinó la linea (provisional) de la equidistancia, cuando las costas pertinentes son adyacentes o una linea mediana, cuando dichas costas están de frente una de la otra. Luego, la Corte consideró si hay o no circunstancias pertinentes que pueden exigir el desplazamiento de la linea de la equidistancia o de la linea media si fuere el caso para llegar a un resultado equitativo. La Corte puede, como lo dijo entonces, si las circunstancias lo exigen, recurrir a otras técnicas entre ellas la de enclavar islas aisladas para llegar también a un **resultado equitativo**. Por último, en este proceso, la Corte debió verificar si la linea ajustada o desplazada tenía por efecto crear una desproporción marcada entre los espacios marítimos atribuidos a cada una de las Partes en la zona pertinente, en relación con la extensión de sus costas pertinentes respectivas. En todo caso, el resultado debe ser equitativo en función de las circunstancias.

El objeto de la delimitación, como lo ha dicho la misma Corte, es llegar a un resultado equitativo y no a una repartición igual de espacios marítimos." (Caso de la *Delimitación marítima enel Mar Negro,*entre Roumanie y Ukraine;CIJ,Rec. 2009, pp:99-100, pár.111).

ii. Población

Los conceptos población, nación y pueblo son diferentes, aunque sin duda, próximos. Sólo el de **población** en el sentido estricto del término es considerado un elemento constitutivo del Estado equivalente a **pueblo** cuando se le otorga el sentido de grupo de personas que viven en un mismo país. La población del Estado es una sola, mientras que dentro del Estado puede haber varias naciones**,** es el caso de los Estados multinacionales. La **nación** se funda en vínculos sociológicos, principalmente: homogeneidad racial, lingüística, cultural, origen histórico común, entre otras.

En todo caso, el elemento que nos interesa es el de **población,** entendido como el conjunto de personas, nacionales o no, que se encuentran dentro del territorio del Estado y que están, en consecuencia,

bajo su jurisdicción. Junto a la organización política, al territorio y a la capacidad de ejercer su soberanía, la población es uno de los elementos constitutivos del Estado. Según el Diccionario de Derecho Internacional "la población está integrada por todas las personas que se encuentran en un Estado, pudiendo diferenciarse distintas categorías entre las mismas (ya sean nacionales, extranjeros, refugiados, apátridas, etc.). Cada Estado determina quiénes son sus nacionales y cómo se atribuye su nacionalidad; igualmente, el Derecho de extranjería en cada Estado determinará las condiciones o requisitos de entrada, residencia, trabajo, junto a los derechos y deberes de los que gozan los extranjeros en dicho país"29.

La población del Estado está constituida, como vemos, por distintas categorías o grupos de personas, sin que en ningún caso pueda plantearse discriminación ante la ley nacional, salvo excepciones de naturaleza política aplicables en algunos Estados, que limitan a los nacionales determinadas actividades políticas. El Derecho Internacional moderno trata de ofrecer lo que se denomina "estandard mínimo de trato a los extranjeros", permitiendo que los mismos gocen en el territorio de un país del cual no son nacionales, de un mínimo de derechos básicos.

La población está conformada, en primer lugar, por los **nacionales del Estado;** y**,** en segundo término, por los **no nacionales** o personas que se hayan bajo la jurisdicción del Estado por un vínculo jurídico o de hecho distinto a la de la nacionalidad: **trabajadores migratorios y sus familiares**, los **asilados y refugiados** y los **apátridas** que constituyen categorías de personas particulares, reguladas por el orden jurídico interno y por el Derecho Internacional. Asilados, refugiados y apátridas conforman lo que algunos autores han denominado **regímenes cualificados de extranjería**30.

a. Los nacionales

29 Diccionario de Derecho Internacional, cit.

30 RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 359.

El primer grupo de la población del Estado está constituido por los nacionales del Estado, sin que ello pueda implicar, como dijimos antes, un tratamiento preferencial o discriminatorio a su favor. Se trata de los ciudadanos vinculados al Estado por el vínculo de la **nacionalidad**, regulada, según se ha establecido, por el Derecho Interno de los Estados, aunque su consideración es frecuente en el Derecho Internacional.

La nacionalidad, un término que apenas se evoca por primera vez en el siglo XIX y que sin duda recoge un sentimiento de vínculación de la persona, es definida de manera diversa por la doctrina, pero que en todos los casos coloca al individuo dentro de un grupo de la **población** que constituye el Estado.

La definición es presentada de manera muy amplia por la CIJ en 1955, cuando presenta una serie de elementos que se presentan inseparables para dar forma al concepto. La Corte dice entonces en su Decisión sobre el fondo en relación con el Caso *Nottebohm* que la nacionalidad es "el vínculo jurídico que tiene por fundmento un hecho social de vinculación, una solidaridad efectiva de existencia, de interseses y de sentimeintos, junto a una reciprocidad de derechos y de deberes." (CIJ, Rec. 1955, p.53).

La nacionalidad es un derecho humano consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de ese mismo año, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, entre muchos otros textos internacionales. El artículo 15, parágrafo 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, estableceen particular que: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad" y que "A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad".

Si bien el individuo tiene derecho a una nacionalidad, **el Estado tiene la facultad de acordarla** según su legislación interna que el Derecho Internacional le reconoce. La relación entre la nacionalidad y el Estado es evidente. No hay nacionalidad, sin el Estado. Es más, la desaparición del Estado supone la pérdide del vínculo. El Estado tiene la competencia exclusiva de otorgar la nacionalidad a una persona, de acuerdo con sus reglas internas, tal como lo ha dicho la Corte en sus

decisiones sobre el Caso de *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos*, de 1923; y en el Caso *Nottebohm*, en 1955.En el primero, laCPJI dijo que "En el estado actual del Derecho Internacional, estas cuestiones están, en principio (...) comprendidas en el dominio reservado del Estado"31. En el segundo Caso la CIJ señaló que "El Derecho Internacional deja a cada Estado determinar la atribución de su propia nacionalidad"32. La facultad del Estado, sin embargo, no es ilimitada, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1984: "el Derecho Internacional impone límites al otorgamiento de la nacionalidad"33.

Así como el Estado tiene la capacidad de otorgar la nacionalidad, tiene igual **facultad para retirarla**, siempre, desde luego, de acuerdo con el derecho interno y en consideración de la normativa internacional, en particular, la relativa a los derechos humanos y a la apatridia.

La nacionalidad "se funda en todos los casos en un vínculo real, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y obligaciones. Ella es –se puede decir- la expresión jurídica del hecho que el individuo al cual le es conferida se encuentra más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la confiere que a la de otro Estado(...) Un Estado no podría pretender que las reglas para ello establecidas deberían ser reconocidas por otro Estado si no son conformes con el objetivo general de hacer concordar el vínculo jurídico de la nacionalidad con la vinculación efectiva del individuo al Estado..."34.

Los **criterios para el otorgamiento de la nacionalidad** son el *ius sanguinis*, la nacionalidad de los padres; o el *ius soli*, por el lugar de nacimiento, independientemente del vínculo sanguíneo. En la legislación venezolana se aplican los dos criterios. En efecto, la Constitución de 1999 establece en su artículo 32 que "son venezolanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República". Y "toda persona nacida en territorio extranjero hijo o hija de padre venezolano por nacimiento".

---

31 CPJI, Opinión, 1923, Serie B., Nº 4, p. 24.
32 CIJ. Rec. 1955, p. 24.
33 Decisión del 19 de enero de 1984.
34 CIJ. Rec. 1955. cit. p. 23.

La Constitución de Nicaragua, por su parte, establece también ambos criterios para fundar el vínculo de la nacionalidad. En su artículo 16 se señala que: "Son nacionales: 1. Los nacidos en el territorio nacional. Se exceptúan los hijos de extranjeros en servicio diplomático, los de funcionarios extranjeros al servicio de organizaciones internacionales o los de enviados por sus gobiernos a desempeñar trabajos en Nicaragua, a menos que optaren por la nacionalidad nicaragüense; 2. Los hijos de padre o madre nicaragüense; 3. Los nacidos en el extranjero de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses, siempre y cuando lo solicitaren después de alcanzar la mayoría de edad o emancipación; 4. Los infantes de padres extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que ellos lo solicitaren".

Algunos Estados aceptan la **doble nacionalidad**como es el caso de la Constitución venezolana de 1999 la que se señala, en su artículo 34, que "la nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad." En otros casos se acepta la doble naciuonalidad pero en forma limitada como sería el caso de Nicaragua en cuya Constitución, artículo 17, se le admite en relación con los nacionales centroamericanos, siempre que tengan su residencia en Nicaragua. En general, la adquisición de otra nacionalidad hace perder la nicaragüense, según el artículo20 que prescribe que "Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad, excepto que adquiera voluntariamente otra; tampoco perderá su nacionalidad nicaragüense cuando adquiera la de otro país centroamericano o hubiera convenio de doble nacionalidad".

Los conflictos de **doble nacionalidad** son resueltos, en principio, tomando como base el vínculo efectivo, es decir, la nacionalidad más real, aquélla con la que existan vínculos más sólidos, lo que deberá analizarse caso por caso (residencia, domicilio fiscal, lazos familiares o laborales, participación en las elecciones…).

En el caso de la **nacionalidad de las personas jurídicas**, el vínculo se puede fundar en la sede social de la empresa o sociedad, en la incorporación como sociedad en el Registro del Estado receptor o en función de los accionistas. La protección diplomática puede ser ejercida por el Estado bajo cuya legislación se ha constituido dicha sociedad y

sobre el territorio en el cual tiene su sede, como lo consideró la CIJ en el Caso de la *Barcelona Traction*.35

b. Extranjeros

Tal como lo señala la CPJI en su Opinión Consultiva en relación con el caso del *Tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig*, "la distinción entre súbditos y no súbditos existe, en mayor o menor medida, en casi todos los países"36. Un **extranjero** es una persona que se encuentra en un Estado del que no es nacional. Según un criterio de exclusión, extranjeros serían todos los no nacionales. Un consideración más amplia permite concluir en que son extranjeros "las personas físicas o jurídicas que no son consideradas como nacionales por el país en que están domiciliadas o en el que son transeúntes; pero son consideradas como nacionales suyos por un tercer Estado o por varios, en caso de nacionalidad múltiple"37.

Extranjero es en todo caso la persona que no posee la nacionalidad del país en que se encuentra, sea viviendo en forma regular o en tránsito. Los extranjeros, al igual que los nacionales, tienen derechos en el Estado en que se encuentran, con algunas limitaciones de carácter político, referidas antes, como es el caso de algunos Estados en los que no se permite su participación en la vida política del país receptor, lo que no puede interpretarse como un trato discriminatorio.

La **Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven,** adoptada por consenso por la Asamblea General de la ONU en 1977, exige que se respeten los derechos fundamentales de todas las personas: "el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, la igualdad ante los tribunales, la libertad de opinión y de religión y el respeto del idioma, la cultura y las tradiciones".

---

35 CIJ. Rec. 1970. p. 43.

36 CPJI, Serie A/B, Nº 44; 40.

37 DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed., *op. cit.*, p. 615.

Los extranjeros deben ser tratados, según el Derecho Internacional de acuerdo con el "estándar minimo de civilización" como lo reclama Guinea en el Caso que planteo ante la CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Demanda 1998, Decision sobre cuestiones preliminares, 2007).

Una cuestión controvertida que se plantea con la condición de extranjero es su **expulsión** del territorio de un Estado. El derecho de expulsión de extranjeros es un derecho intrínseco que tiene el Estado, en el ejercicio de su soberanía nacional. El fundamento del derecho del Estado de expulsar extranjeros presentes en su territorio se encontraba, originalmente, en la soberanía del Estado. Sin embargo, posteriores desarrollos del Derecho Internacional convencional y consuetudinario, sobre todo en materia de derechos humanos, han limitado de manera significativa la potestad de los Estados de expulsar extranjeros38.

Si bien en épocas pasadas se consideraba que tal derecho del Estado era **absoluto** y que se podía expulsar o deportar a un extranjero, en la misma forma en que podía impedir, también en ejercicio de un derecho inalienable, su entrada al país39, hoy se considera que ese derecho no es absoluto y que requiere ciertas condiciones para que se pueda ejercitar.

El ejercicio del derecho de expulsión está sujeto a ciertas **restricciones** entre las que destaca la idea de que la expulsión debe llevarse a cabo con todas las garantías que exige la humanidad y el respeto de los derechos adquiridos40. Se ha venido planteando desde hace tiempo que debe buscarse un justo **equilibrio entre los intereses del Estado y los derechos de las personas afectadas**. Los tratados internacionales sobre derechos humanos requieren que la expulsión sea decidida de conformidad con el derecho interno del Estado que expulsa y que la decisión sea adoptada de manera justa y no arbitraria.

---

38 Diccionario de Derecho Internacional, cit.

39 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 1893, en el Caso *Fong Yue Ting,/Estados Unidos*, US 149, US 698 (1893), p. 185.

40 Tercer Informe de M. KAMTO, sobre el tema "Expulsión de Extranjeros, Doc. A/CN. 4.581, p. 9, del 19 de abril de 2007. Ref. Informe del Instituto de Derecho Internacional, sesión de Lausanne, 1888-1889.

El derecho a la expulsión se ejerce de conformidad tanto con lo dispuesto en el Derecho Interno, como por el Derecho Internacional. Tal como lo prescribió la Comisión Mixta de Reclamaciones Italia/Venezuela en el Caso *Boffolo* "no cabe duda de que en los gobiernos existe una facultad general para expulsar a los extranjeros, por lo menos por motivos justificados..."41. Tal apreciación la reafirma la Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica/Venezuela, en el Caso *Paquet*42.Mas tarde, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo confirma al expresarse en el Caso *Moustaquim/Bélgica* que los Estados, en el interés de mantener el orden público "ejercen su derecho como cuestión de Derecho Internacional bien establecida con sujeción a sus obligaciones contraídas en virtud de tratados...."43.

En todos los casos, la expulsion solamente puede llevarse a cabo mediante un acto administrativo motivado, de las autoridades del Estado territorial. Debe tratars de una decisión ajustada a derecho. Se ha afirmado y ello debe ser considerado asi que la legalidad de la decisión de la Administración del Estado es esencial a la validez de un acto de expulsión que además, en todos los casos, debe estar en conformidad con los derechos humanos de la persona objeto de la decisión, como ha concluido la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al afirmar que si bien un Estado tiene derecho a expulsar a un extranjero de su territorio, ello debe llevarse a cabo respetando el Derecho Internacional.

No todos los no nacionales pueden ser objeto de una medida de expulsión. Es el caso de los refugiados y de los apátridas que no podrian ser objeto de expulsion, como ha concluido la CDI en los articulos aprobados sobre el tema, en 2012. Tampoco pueden ser expulsados grupos de personas. El Derecho Internacional prohíbe, como se constata en el artículo 22-9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de 1969, la **expulsión colectiva de extranjeros**.

---

41 Comisión Mixta de Reclamaciones Italia/Venezuela, 1903, NN.UU, Reports of International Arbitrals Awards, vol. IX, p.235. Cit. Kamto, tercer Informe sobre el tema ante la CDI, Doc. A/CN.4/581, p. 5

42 Reports of International Arbitral Awards, vol. IX, p. 325. NN.UU.

43 Decisión del 18 de febrero de 1991, párr. 43.

Los no nacionales, como dijimos, agrupan diversas categorías de personas que podrían confundirse con el concepto general de extranjero. Si bien hay relación entre tales términos, los conceptos **apátrida**, **refugiado**, **asilado, trabajador migratorio**, a los que nos referimos enseguida, al menos a titulo introductorio, pues estos coceptos serán examinados con mayor detenimiento en el Volumen III de esta obra, tienen características propias, lo que ha llevado a la elaboración de regímenes igualmente específicos o particulares.

c. Apátrida

La **carencia de nacionalidad** es la apatridia. El **apátrida** es toda persona que no es considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación y que por tanto carece de nacionalidad, según el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, del 28 de septiembre de 1954, inspirada en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, en la que se le define como "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".

Se puede nacer apátrida, pero también se puede llegar a serlo por determinadas circunstancias. La **apatridia es de origen** cuando el individuo, hijo de padres apátridas o extranjeros cuyo Estado sólo admite el *ius soli,* nace en el territorio de un Estado que sólo admite el *ius sanguinis* como criterio para atribuirle la nacionalidad. La **apatridia es adquirida** cuando se ha perdido la nacionalidad previa sin adquirir otra44.

La diferencia fundamental entre **apátrida y extranjero** es que el primero no tiene nacionalidad, mientras que el segundo es nacional de otro Estado, como podrían serlo los refugiados, asilados y trabajadores migrantes, entre otros. Los apátridas no son pues súbditos del Estado de acogida y no tienen, por otra parte, la nacionalidad de ningún otro Estado. Dicho de otra forma, el apátrida es siempre un extranjero sin nacionalidad y es por esta razón que el Derecho Internacional le ofrece una protección especial45.

---

44 BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999, pp. 615-616.

45 Segundo Informe sobre la Expulsión de los Extranjeros, Doc. A/CN.4/573, del 20.7.2006, pp. 32-33.

a. Otras categorías de personas que conforman la población del Estado

El nacional, el extranjero, el apátrida conforman la población del Estado. Pero, no son los únicos. Otros grupos se instalan en un Estado del cual no son nacionales, por diversas razones. Antes de examinarlos, en particular, el **asilado** que pueden ser **diplomático o territorial** y el **refugiado,** debemos referirnos, al menos brevemente, a las instituciones del **asilo** y del **refugio**, reguladas por el Derecho Internacional, aunque también, en alguna medida, como veremos, por el Derecho interno de los Estados.

i. El asilo y el refugio en el Derecho Internacional

El **asilo territorial**, el **asilo diplomático** y el **refugio** son instituciones de Derecho Internacional que presentan elementos comunes importantes: su objeto es la persona y su objetivo, la protección de ellas, en determinadas circunstancias; a la vez estas instituciones son distintas y se les aplican normas específicas.

El asilo puede ser diplomático, territorial y, en un sentido más amplio, refugio de personas o grupos de personas que huyen por diversas razones de sus territorios de origen, sean o no nacionales de éste. El asilado sea territorial o diplomático, este último entendido solamente en América Latina; y, el refugiado, son términos similares, aunque se puedan utilizar indistintamente en los diferentes instrumentos y textos internacionales.

El asilado territorial y el refugiado son personas que se encuentran en un Estado del que no son nacionales, por circunstancias diversas. Los derechos y las obligaciones de estas personas están contenidos en diversos instrumentos internacionales, algunos en el régimen general de protección de los derechos humanos, otros en regímenes específicos. **El asilado diplomático**, por su parte, tiene un régimen de protección particular mientras permanece en la sede diplomática del Estado extranjero, al cual ha solicitado dicha protección.

El término asilado (territorial) se asimila en algunos textos, al de refugiado. Así, por ejemplo, en el artículo VI de la **Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, de 1954**, se establece que: "no pueden

establecer en su legislación o en sus disposiciones administrativas aplicables a los extranjeros distinción alguna motivada por el solo hecho de que se trate *de asilados o refugiados políticos*" (itálicas nuestras). En el artículo IX del mismo texto se indica que "...aquellos *refugiados o asilados políticos*" lo que confirma el uso indistinto de ambos términos.

En el Proyecto de **Convención sobre Asilo Territorial** que se consideró en la Asamblea General de las Naciones Unidas, también se usan indistintamente ambos términos. En efecto, en su artículo 1a), se señala que "todos los Estados tienen el derecho de conceder asilo a todas las personas víctimas de persecución o que teman serlo, y a los delincuentes políticos". Y en el artículo 1b) que "Las Altas Partes Contratantes *se comprometen a conceder refugio en sus territorios a todos aquellos que busquen asilo* porque son perseguidos por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, incluido cualquier grupo regional o lingüístico, o adhesión a una opinión particular." (itálicas nuestras)

En la Declaración Final del Seminario de Tlatelolco, de 1999, se concluyó que ambos términos eran **sinónimos** "porque extienden la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento por medio del cual, en la práctica, se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la **Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados** y su **Protocolo de 1967** o el de los asilados según los Convenios interamericanos en la materia"46.

En la práctica, sin embargo, la distinción de los términos ha sido esgrimida por algunos gobiernos. Así, por ejuemplo, el Gobierno de Venezuela, en 2001, en el caso de las solicitudes planteadas por ciudadanos colombianos desplazados por la violencia, solicita a los peticionarios que "distingan correctamente entre la persona que busca asilo de la que busca refugio. En el caso de (...) los desplazados colombianos que huyen de su país (...) serían, en todo caso, personas que buscan el refugio a la luz de las Convenciones invocadas..."47 y,

---

46 Declaración Final del Seminario de Tlatelolco de 1999, sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe.

47 Escrito del 21 de marzo de 2001 sobre Medidas Cautelares a favor de un grupo de ciudadanos colombianos. CIDH, del 27 de marzo de 2001. Caso Jesús Pinilla Camacho y otros.

agregamos, en consecuencia, no estarían bajo el régimen de protección de las Convenciones Interamericanas de protección.

- **El derecho a solicitar y recibir asilo**

El **derecho al asilo o de refugio es de origen consuetudinario**, siendo posteriormente recogido en diversos instrumentos internacionales e incluso en el Derecho Interno de algunos Estados, en legislaciones específicas, también en textos de rango constitucional. Antes de la Convención de 1951, el régimen aplicable a los solicitantes de asilo y a los refugiados estaba constituido por principios generales de derechos humanos, normas derivadas del derecho consuetudinario y por las disposiciones de algunos acuerdos y otros instrumentos adoptados al finalizar la primera guerra mundial, principalmente en Europa y en América Latina. Es después que se ha venido desarrollando un régimen particular para regular la protección de esas personas, lo que responde precisamente, como dijimos antes, a la evolución de la sociedad y de las relaciones internacionales.

La norma en la que se basa el régimen aplicable está contenida en el artículo 14 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 1948 en el que se señala que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país", norma que es recogida en la **Convención Americana de Derechos Humanos de 1969**, en cuyo artículo 22-7 se señala que "toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los Convenios internacionales".

La aplicación de esta norma y de los acuerdos y tratados internacionales que se derivan de ella son controlados por los órganos internacionales competentes, como el es el caso del Consejo de Derechos Humanos, un contexto general; o, mediante los distintos órganos del ACNUR, específicamente creado para verificar la aplicación u observancia de tales normas, órganos que veremos en su oportunidad en el contexto del control internacional de las normas de protección.

- **Derechos y obligaciones del asilado y del Estado de asilo**

Los **derechos y las obligaciones** de los refugiados o asilados y del Estado e incluso de otros Estados, como el de tránsito, están regulados, principalmente, por la Convención de Caracas de 1954 y la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados.

La Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, de 1954, otorga derechos al asilado. En primer lugar, como se establece en su artículo VI los Estados "no pueden establecer en su legislación o en sus disposiciones administrativas aplicables a los extranjeros distinción alguna motivada por el solo hecho de que se trate de asilados o refugiados políticos". Igualmente, se garantiza el ejercicio de la libertad de reunión o asociación de las personas asiladas o refugiadas a menos que se trate de conceptos que "constituyen propaganda sistemática por medio del cual se incite al empleo de la fuerza o la violencia contra el gobierno del Estado solicitante".

La libertad de expresión y de pensamiento reconocida a los nacionales del Estado de asilo está garantizada a menos que los conceptos que emitan "constituyan propaganda sistemática por medio de la cual se incite al uso de la fuerza o de la violencia contra el gobierno del Estado reclamante".

El Estado del asilo territorial tiene una serie de obligaciones hacia la persona que ha solicitado asilo o refugio: el principio establecido es que no puede entregar a otro Estado ni expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

En el contexto del asilo en general o de los refugiados, en particular, las obligaciones del solicitante de asilo y del asilado, por una parte; y, del Estado territorial y de otros Estados, como el de tránsito, por la otra, están regulados en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967.

- **Asilo y extradición**

La concesión del asilo genera la obligación de no extraditar. Extradición y asilo son dos figuras excluyentes. Quien recibe asilo, no puede ser objeto de extradición como tampoco lo puede ser, en principio, como veremos el refugiado según la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Los artículos 3 y 4 de la **Convención sobre Extradición, de 1981,** establecen los delitos que pueden ser objeto de la extradición y sus excepciones. No procede la extradición cuando se trate de delitos políticos o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política (Art.4).

- **El principio de no devolución o de *non refoulement***

Uno de sus principios básicos en los que se fundamenta el sistema de protección, es el **principio de no devolución** o de ***non refoulement*** por el cual se prohibe a un Estado devolver a una persona que ha solicitado asilo, cuando su vida o su integridad física están en peligro. El acto de "devolución" no debe confundirse con el de "expulsión" incluso cuando el destino de la persona de que se trate es el del país del cual es nacional. Asi, por ejemplo, la expulsión (devolución) del señor Ahmadou Sadio Diallo, ciudadano de Guinea, expulsado de la Republica Democratica del Congo, por Decreto del 31 de octubre de 1995, a su país, un caso examinado por la CIJ(Decision de sobre excepciones preliminares, CIJ, Rec.2007). En este caso, la expulsión o devolucion a su país no significa una violación del principio de no devolucion.

El principio, de origen consuetudinario está consagrado en distintos instrumentos y textos internacionales. Para algunos, incluso, contiene una norma imperativa de Derecho Internacional o del *jus cogens.*

La **Convención de 1951** sobre el estatuto de los refugiados, establece en su artículo 33 que:

> "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causas de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

El **Protocolo de 1967** consagra también el principio al hacer remisión a la Convención de 1951 que hace aplicables los artículos 2 a 34 de ésta.

El principio está igualmente incorporado en otros instrumentos internacionales como la **Convención contra la Tortura y otros tratos o**

penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, en cuyo artículo 3 se estipula que:

> "Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura".

En el contexto americano, el principio de la no devolución es reconocido en diversos instrumentos. Así, en el **Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo** de 1889, en cuyo artículo 15 se señala que:

> "Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición".

De la misma manera, en el **Tratado de Montevideo sobre asilo y refugio político** de 1939 (artículo 12); en la Convención de Caracas de 1954 (Art. 4).

En el **Pacto de San José**, de 1969, se establece en el artículo 22, parágrafo 8, que:

> "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".

ii. Trabajadores migratorios

Los **trabajadores migratorios** constituyen un grupo igualmente relevante dentro de las personas bajo la jurisdicción del Estado en que se encuentran, que no son nacionales del mismo. La protección de los trabajadores migratorios y de sus familias tiene su base, como en relación con las otras categorías de personas antes referidas, en las normas que constituyen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Declaración y Pactos) se enuncian derechos que, aunque no referidos expresamente a los migrantes en general podrían serles aplicables. Así, la DUDH de 1948, establece, en su Art. 2, que:

> "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

Y, más claramente relacionada con personas que no son nacionales del Estado en el que se encuentran, se agrega, que:

> "no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

A estas normas deben agregarse los principios y las normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la OIT,en especial, el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (Num. 97), el Convenio sobre las migraciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Num. 143), la Recomendación sobre los Trabajadores migrantes (Num. 151), el Convenio relativo al trabajo forzoso obligatorio (Num.29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (Num. 105).

Varios textos internacionales destacan en el sistema de protección de los migrantes en general. La **Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven**48 en la que se establecen las obligaciones (Art. 4) y los derechos (Arts. 5, 6 y 8) que todo extranjero debe observar mientras se encuentre en un país del cual no es nacional. Y la **Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General**, en la que se incluyen referencias al fenómeno migratorio. En esta Declaración se prevé la adopción de medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias y la eliminación de los actos de racismo y xenofobia.

En 1990, mediante resolución 45/158, la Asamblea General de las NacionesUnidasadoptó un texto específico para proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, una realidad social que afecta países en desarrollo cuyos nacionales, especialmente habitantes

48 Resolución 40/144, de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

de zonas fronterizas, buscan mejores condiciones de vida, mediante el trabajo temporal sin abandonar ni pretenderlo, su residencia en el Estado de origen.

La **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares**adoptada en 1990 establece mayores precisiones para la protección de estas personas, instrumento que entra en vigor el 1 de julio de 2003, tras obtener las 20 ratificaciones necesarias para ello.Lamentablemente, para 2013, esta Convención ha generado escaso interés entre los Estados lo que ha impedido un mayor número de ratificaciones o adhesiones, especialmente, de Estados destinatarios de la inmigración, lo que hace peligrar enormemente su aplicación práctica.

Por **trabajador migratorio** se entiende, según el artículo 2-1 de la Convención:

> "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional"

En este mismo texto se establece que los trabajadores migratorios "gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado deempleo" en lo tocante a remuneración, condiciones de trabajo y horario laboral; además, señala que los trabajadores migrantes tendrán derecho a afiliarse y participar en las actividades de sindicatos y otras asociaciones "con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole".

En este contexto, el **tráfico ilícito de migrantes** surge quizás como uno de los mayores problemas que enfrenta la comunidad internacional en la actualidad. El tratamiento y las soluciones chocan en muchos casos con el tratamiento y la protección que se debe ofrecer a los refugiados y asilados que gozan de derechos claramente definidos en diversos textos internacionales.

Ante esta realidad, se adoptó en el año 2000 la **Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional** y varios **Protocolos**, entre los cuales el **Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, d**el 15 de diciembre de ese año. El Protocolo, desde el punto de vista formal, es un texto vinculado a la Convención antes referida cuyos fines son prevenir y combatir la trata de personas, prestando

especial atención a las mujeres y niños; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos y promover la cooperación entre los Estados partes para lograr esos fines. Especial atención merece el tráfico ilícito de migrantes por mar, al que se dedican los Arts. 7, 8 y 9, determinando medidas de asistencia entre los Estados Parte para llevar a cabo la visita, registro y otras medidas apropiadas para reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar.

iii. Organización política del Estado

El tercer elemento constitutivo del Estado es, según lo señalado antes, el gobierno, lo que se traduce, de manera más amplia, en la **organización política del Estado.**

Ninguna norma de Derecho Internacional determina la forma de la organización política del Estado, como lo dijo la CIJ en el Caso del *Sahara occidental* cuando estimó que la forma de organización política y social tribal que existía en ese territorio antes de la colonización española no permitía hablar de Estado, pero justificaba que no fuera considerado como *terra nullius*, por lo que España hubiera podido adquirir por ocupación49.

El Estado decide la estructura política mediante normas generalmente de orden constitucional y los pueblos deciden la forma de gobierno y de sistema político, reflejo del principio de la **autodeterminación de los pueblos y el de no injerencia en los asuntos internos de los demás Estados.**

El Estado debe tener una organización política que no es más que "el poder susceptible de asegurar las funciones del Estado tanto en el orden interno como en el internacional"50. El Estado no puede constituirse y tampoco ser reconocido como tal si no hay una autoridad que ejerza su poder sobre sus habitantes y los espacios territoriales. Además, el Estado debe tener la capacidad de establecer relaciones internacionales con otros Estados. Se trata de un aspecto de la existencia del Estado o entidad en cuestión, que manifiesta la

49 CIJ.Rec.1975, p. 6.
50 RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., p. 72.

importancia del reconocimiento por parte de otros Estados y su actuación en el exterior.

b. La soberanía, la independencia y la igualdad, aspectos que conforman el estatuto jurídico del Estado

La **soberanía**, siguiendo lo dicho por Max HUBER en la sentencia arbitral *Isla de Palmas* (1928), implica "el derecho exclusivo a ejercer las actividades estatales". Exclusivo, como correlato positivo de la soberanía y además excluyente para el resto de los Estados. Se trata de un derecho que ejerce el Estado, lo que conlleva a su vez obligaciones, especialmente las atinentes a que su territorio no se utilice para realizar actividades lesivas para terceros Estados o para personas sobre las que otros Estados ejerzan su jurisdicción.

Una vez la soberanía era **absoluta.** El Estado podía ejercer sus competencias territoriales y personales de la manera más amplia pues eso era precisamente lo que caracterizaba la entidad que se constituía como Estado. Hoy, la soberanía no es mas vista en forma absoluta. El Estado ejerce sus competencias de manera soberana pero sin contradecir las normas internacionales, no solamente las asumidas convencionalmente o las derivadas del Derecho Internacional general o consuetudinario, sino aquellas que como decíamos al comienzo, forman parte del Derecho Internacional objetivo, aquellas obligaciones generales cuyo cumplimiento es del interés de la comunidad internacional en su conjunto, en pocas palabras, que constituyen lo que pudiéremos llamar el orden público internacional. No puede el Estado argumentar la soberanía para eludir sus compromisos internacionales, culaquiera que sea su origen. Es asi como por ninguna razón, incluso argumentando su ordenamiento interno, un Estado puede inobservar las normas relativas a la protección de la persona o del ambiente, materias que se extraen hoy de la jurisdicción exclusiva interna del Estado.

Desde luego, no es fácil determinar cuales son en realidad esas materias en relación con las cuales el Estado resulta limitado, al ejercer su soberanía. Sin duda, las relacionadas con derechos humanos y el medio ambiente, pero también otras vinculadas que el Estado no puede inobservar. Tal como lo dice Mauricio Herdocaia en su obra "Soberanía

clásica, un principio desafiante...hasta donde? nos preguntamos si el Estado tiene la absoluta libertad, el modelo de organización estatal, cuando los tratados (...) optan decididamente por la democracia representativa.

Es Estado actúa con **independencia** para organizarse y en sus relaciones internacionales. La idea de independencia, esto es, ausencia de dependencia, se refiere al modo en que se ejercen las competencias estatales. Cierto es que el mundo internacional actual, un mundo globalizado, como vimos, casa mal con esta noción de independencia. Pero ha de asumirse que uno de los corolarios de la soberanía como atributo estatal es la posibilidad de que el Estado dirija su destino sin injerencias exteriores.

Por otra parte, los Estados son **iguales jurídicamente**. Tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es claro que la igualdad es un atributo formal, si atendemos a la realidad que nos circunda: los Estados son distintos, atendiendo a sus características (territorio, población, poder en el contexto internacional). Sin embargo el principio de **igualdad soberana de los Estados**, contenido en la Carta de Naciones Unidas como uno de sus principios básicos (art. 2.1) constituye uno de los pilares básicos del Derecho Internacional y del sistema internacional de hoy: la igualdad ante el Derecho Internacional.

La igualdad implica la **no injerencia en los asuntos internos de los otros Estados**, principio fundamental también incluido en la Carta de las Naciones Unidas, en concreto, en su artículo 2-7, en el que se señala que:

> "Ninguna disposición de esta Carta autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados..."

En este contexto surge y se perfecciona con el tiempo el principio de la **autodeterminación de los pueblos** que no supone exclusivamente, como veremos luego, a la independencia política internacional, sino a la forma de organizarse política y socialmente. Desde luego, el ejercicio de este principio, en todos sus aspectos, no puede contradecir el Derecho Internacional, en particular, la normativa

relativa a los derechos humanos y aquellas de orden superior ya mencionadas.

c. El nacimiento del Estado: principios aplicables

El Estado puede nacer de diversas maneras. Por su **independencia** de la metrópoli (los países de América latina, en el siglo XIX), por su **separación** de otro (Repúblicas checa y eslovaca, las ex Repúblicas yugoslavas), por la **unificación** de dos o mas Estados (Alemania, Yemen), por su autodeterminación (países africanos en la década de los 60).

Algunos principios se han formado e incluso se han convencionalizado, como el relativo a la **libre determinación de los pueblos** que permite el acceso a la indepedencia de los países y pueblos coloniales, recogido en la resolución 1514 (XV), de la Asamblea General de la ONU que contiene la Declaración al respecto, en cuyo artículo 2 se señala que:

> "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

Tal como lo confirmó la CIJ en su Opinión Consultiva sobre *Namibia51* , el Principio se ha transformado en consuetudinario y es un derecho humano fundamental, según opinión de esa misma Corte en el asunto de *Timor Oriental* que le reconoce expresamente.52

El Principio no se aplica de forma tradicional a la escisión de minorías; sólo a territorios coloniales, que se consideran "geográficamente separados y étnicamente o culturalmente distintos del país que lo administra". Según la Resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General de la ONU, esos territorios tienen una condición jurídica distinta y separada de la metrópoli. No es, por ende, lo relativo a su libre determinación, un asunto interno de los países colonizadores**.** Se ve que el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos apunta a

---

51CIJ, Rec.1971, pp:31 y 32, párs. 52-53

52 CIJ, Rec.1995, p.102, pár. 16. Decisión del 30 de junio de 1995. Ver también Opinión Consultiva en el asunto del *Sahara occidental*, CIJ, Rec.1975, pp:31-33, párs. 54-59.

los pueblos sometidos a la dominación colonial. De allí que otorgue más importancia al territorio que a la población. En efecto, no se exige que ésta sea homogénea, lo que hubiera sido impensable habida cuenta de la arbitrariedad con que fueron trazadas las fronteras coloniales. Lo que se ha querido, y toda la historia de la descolonización lo prueba, es encaminar hacia la independencia a los territorios en los límites de las fronteras administrativas trazadas por la antigua metrópoli.

El principio de autodeterminación no puede concebirse exclusivamente como tendiente a lograr la independencia, como dijimos antes. Tal como la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General puso de relieve, la idea de autodeterminación implica que el pueblo pueda elegir libremente su destino, pudiendo consistir ello en la independencia, la libre asociación o la integración en una entidad estatal preexistente.

Si bien la **secesión** había sido el modo más usual para la creación de Estados, los latinoamericanos durante el siglo XIX un ejemplo de ello, durante la mayor parte del siglo XX, la creación de nuevos Estados se obtuvo en la mayoría de los casos mediante el consentimiento del anterior soberano, en particular en los casos de descolonización53.

La secesión, es decir, la separación unilateral de una parte un Estado que se constituye en entidad indepediente, es examinada por la CIJ en su Opinion Consultiva del 22 de julio de 2010, relativa a la C*onformidad con el Derecho Internacional de la Derclaracion unilateral de independencia de Kosovo,* en la que conluye que la declaración unilateral de independencia emitida por Kosovo no contradice el Derecho Internacional general. La Corte examina estas declaraciones unilaterales como base de creación de nuevos Estados, pero no se adentra en cuestiones tales como las relativas a si existe o no un derecho de secesión.

Para la Corte, las declaraciones unilaterales de independencia no son contrarias al Derecho Internacional. Es mas, considera el tribunal, que el Derecho Internacional ha evolucionado para dar nacimiento a un

53 RADAN, P. *Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission, 24Melbourne University Law Review*, 2000, p. 50.

derecho a la independencia en beneficio de los pueblos de territorios no autónomos y de los que estaban subyugados, sometidos a la dominacion o a la explotación extranjeras. En la practica un gran numero de nuevos Estados han nacido como consecuencia del ejercicio de ese derecho, sin negar que algus declaraciones han sido hechas fuera de ese contexto. (CIJ, Rec. 2010, par. 79).

Las declaraciones unilaterales podrían ser consideradas contrarias al principio de la integridad territorial del Estado, recogido en el articulo 4-2 de la Carta de las Naciones Unidas, antes referido. Algunas declaraciones unilaterales, en efecto, han sido consideradas sin fundamento jurídico, especialmente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el Caso de Rhodesia del Sur (Res. 216 y 217 de 1965), no por su carácter unilateral, sino por que en ese caso, como otros, esas declaraciones se vinculaban al uso ilegitimo de la fuerza, o en contra de otras normas de Derecho Internacional imperativo

d. El reconocimiento de Estados y de gobiernos: efectos

El **reconocimiento**, en términos generales, sería "una manifestación de voluntad unilateral que emana de un sujeto de derecho por el cual constata una situación existente y expresa la intención de quererla considerar como legítima, como jurídica"54. Si bien el acto de reconocimiento tiene, por lo general, una motivación política, el mismo produce efectos jurídicos incuestionables. Derechos y obligaciones a cargo del autor y a favor del destinatario.

El **reconocimiento de un Estado o de un Gobierno** es un acto unilateral de un Estado por el cual le considera como tal y le otorga la capacidad de mantener relaciones diplomáticas y políticas con ese Estado o ese Gobierno. El Estado que es reconocido puede actuar en el ámbito internacional, es decir, puede concluir tratados con otro sujetos, constituirse en miembro de organizaciones internacionales, establecer relaciones diplomáticas con otro Estado, disfrutar de las inmunidades jurisdiccionales que le otorga el Derecho Internacional.

---

54 SUY, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international,* p.191, Paris, 1962.

Para algunos, el reconocimiento puede ser **constitutivo** o **declarativo;** aunque para la mayoría, lo que compartimos, el acto de reconocimiento sólo puede ser declarativo, en el sentido de que mediante su expresión solamente se constata la existencia del Estado, es decir, que el Estado reconocdio existía antes. Una entidad que reúne los elementos a que hemos hecho referencia antes es un Estado, sin que sea necesario que medien actos de reconocimiento. Cuando un Estado u otro sujeto reconoce una entidad como Estado, simplemente está constatando su existencia.

Desde luego, el reconocimiento o no reconocimiento de un Estado tiene un efecto en las relaciones entre el sujeto que reconoce o no y la entidad de que se trate. Sobre esa base, el Estado que reconoce puede establecer relaciones diplomáticas o consulares, reconocerle las inmunidades jurisdiccionales que se derivan de tal condición, según el Derecho Internacional. El Estado que no reconoce a una entidad como tal no establecería relaciones ni le reconocería las inmunidades que se derivan de su condición de Estado según el Derecho Internacional.

La Comisión de Arbitraje de la Conferencia de Paz en la antigua Yugoslavia, celebrada en Paris en 1992, confirma el carácter declarativo del acto de reconocimiento. Dice la Comisión que "el reconocimiento no es un prerequisito necesario para la constitución de un Estado (es decir, para la atribución de la pesonalidad jurídica de un Estado); tiene un efecto seguramente declarativo además de ser un acto discrecional que los Estados pueden adoptar..." Igual apreciación han dado algunos tribunales internos, cuando han examinado la capacidad de un Estado de disfrutar de los derechos inherentes a esa condición, si no ha sido reconocido por el Estado del tribunal. Así, la Sala de Casación Penal italiana concluyó que "el reconocimiento de un Estado de parte de otros Estado ... no tiene un valor constitutivo de la personalidad del derecho internacional...."55

El reconocimiento es un acto voluntario. Un Estado no está obligado a reconocer a una entidad aunque reúna los requisitos exigidos para que sea considerada como tal. Distintamente, lo que no ha sido tratado a profundidad por la doctrina, un Estado no podría

55Cas. Penal, 28 de dicembre de 2004, No. 49666.

reconocer una entidad que no reúne los requisitos para ello. Estaríamos en estosn casos, ante un acto nulo que no produce, en consecuencia, efectos jurídicos.

El reconocimiento no es formulado solamente por un **acto expreso** o una **declaración**; a veces dicho reconocimiento puede ser expresado mediante un **acto concluyente**, como seria el establecimiento de relaciones con un Estado que no ha sido reconocido. Esta apertura de relaciones, sean diplomáticas o consulares, significa reconocimiento. También, el reconocimiento puede hacerse mediante un comportamiento, por una actitud que a veces no es necesariamente activa. Una omisión puede significar un reconocimiento y de aquí la relación entre el silencio, la ausencia de protesta y el reconocimiento que se traduce en la oponibilidad de una situación de hecho o de derecho a un Estado que actúa o se comporta de determinada manera.

Además, el reconocimiento puede ser de origen **individual** o **colectivo** y puede también estar contenido en una acción de uno o varios Estados o de una organización internacional. También puede serlo *de jure* o *de facto*. El primero es definitivo y por ello, en principio irrevocable. Por su parte, el reconocimiento de hecho es provisional y sería susceptible de ser revocado.

La práctica de los Estado en cuanto al reconocimiento es bastante clara y rica. Las declaraciones de los Estados reconociendo situaciones de hecho o de derecho, el reconocimiento de Estados y de Gobiernos, son frecuentes en las relaciones exteriores de los Estados.

d.Relaciones diplomáticas (permanentes y *ad hoc*) y consulares

El Estado, como se dijo antes, está en capacidad de mantener relaciones con los otros Estados. Eso es consecuencia de su condición. El Estado puede enviar representantes y recibirlos de los Estados con los cuales mantiene relaciones diplomáticas. De acuerdo con el Diccionario de Derecho Internacional ya referido, "relaciones diplomáticas" sería el "conjunto de relaciones que se desarrollan entre dos o más Estados (...) intercambios, transacciones y negociaciones que se llevan a cabo entre Estados".

Las normas que regulan las **relaciones diplomáticas** son de origen consuetudinario, codificadas más tarde, en 1961, cuando en base al proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), en consideración de las normas de derecho consuetudinario reconocidas, se aprobó la Convención sobre Relaciones Diplomáticas que regula su funcionamiento. La Convención, basada en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, recoge tales normas, pero a la vez deja abierta la posibilidad de que se apliquen otras no codificadas de conformidad con lo que se señala en su Preámbulo:

> "... las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención".

Las relaciones diplomáticas **se establecen de mutuo acuerdo**, como se precisa en el artículo 2 de la Convención de 1961. No es una obligación establecerlas, como tampoco de mantenerlas. Sin embargo, como dijo la Corte en el Caso del *Personal Diplomático y Consular,* una vez que se acepta mantener relaciones, el Estado "no podría dejar de reconocer sus obligaciones imperativas que de ello se deriva y que están codificadas hoy en las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963"56.

Las **funciones de una misión diplomática** consiste principalmente, como se precisa en el artículo 3 de dicho texto, en: a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c) negociar con el gobierno del Estado receptor; d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

Además de la Convención de Vierna de 1961, las relaciones diplomáticas están reguladas por la Convención sobre Misiones

56 CIJ. Rec. 1979. p. 21, parág. 41.

Especiales de 1969. La **diplomacia *ad hoc* o no permanente** es una modalidad hoy muy válida que se inserta precisamente en la nueva dinámica de las relaciones internacionales y su incidencia en el nuevo Derecho Internacional.

La Convención de 1969 sobre Misiones Especiales, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se funda igualmente en los Principios y Propósitos de la Carta. En su artículo 1 se distingue la misión diplomática permanente, de la misión especial o *ad hoc* y de la Oficina Consular, los instrumentos principales por los cuales el Estado ejerce sus relaciones con los otros Estados. En el artículo 1 de la Convención de 1969, se establece, en efecto, que:

> a) Por "misión especial" se entenderá una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado;
>
> b) Por "misión diplomática permanente" se entenderá una misión diplomática en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas;
>
> c) Por "oficina consular" se entenderá todo consulado general, consulado, vice-consulado o agencia consular.

En **envío de un misión especial** está igualmente supeditada al consentimiento de los Estados involucrados. Las funciones de cada misión varía en función de las circunstancias. En todo caso, los Estados, de mutuo acuerdo, las definirán en cada oportunidad.

Por otra parte, como hemos dicho, el Estado dentro de su capacidad de relacionarse con los otros Estados, puede establecer y mantener **relaciones consulares** que se definen como el conjunto de relaciones entre los Estados con fines no políticos, regulado por un grupo de normas esencialmente de origen consuetudinario, codificadas en la Convención de Viena de 1963, sobre Relaciones Consulares. Los fines esenciales de la **función consular** son administrativos y de protección de los intereses de los nacionales del Estado de envío, en el territorio del Estado receptor (Decisiones de la CIJ en los Casos *LaGrand.* (CIJ.Rec.2001) y *Avena* (CIJ.Rec.2006)57. Los nacionales de un Estado

---

57 Diccionario de Derecho Internacional. Rodríguez Cedeño, Betancourt Catalá y Torres

tienen el derecho de beneficiarse de las disposiciones de la Convencion de Viena de 1963, como lo precisa Guinea en su demanda en contra de la Republica Democratica del Congo, en el Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (CIJ, Rec. 2007, par.29, pag.596).

Al igual que lo que ocurre en el contexto de las relaciones diplomáticas es una **facultad del Estado** establecer relaciones consulares con otro Estado. El consentimiento del otro Estado es igualmente necesario para que un Estado pueda abrir una Oficina Consular.

Si bien las relaciones diplomáticas y consulares se fundan en el consentimiento de los Estados involucrados, la **ruptura** de las mismas se produce por un acto unilateral sin que sea necesaria la participación o el acuerdo del Estado receptor. Por lo general, la ruptura es un acto unilateral de origen individual, pero tambien lo puede ser de origen colectivo cuando una organización o un órgano internacional deciden tal rupturas. Es el caso de la ruptura de relaciones diplomáticas, en 1964, de los Estados Miembros de la OEA, con Cuba, por la actitud injerencista que había asumido el régimen de Castro, en perjuicio de la democracia y de la integridad política de Venezuela. En el ámbito universal, también se ha planteado la ruptura con un Estado, en base a una decision colectiva. Tal es el caso de la ruptura de relaciones con Rhodesia del Sur, impuesta por una decisión del Consejo de Seguridad.

La ruptura de relaciones conduce por lo general a la representación por otro Estado de los intereses del Estado de ruptura, en el territorio del otro. Es el caso, por ejemplo, de la ruptura de relaciones diplomáticas de Venezuela con Chile, durante la dictadura de Pinochet o de Uruguay en épocas también de dictadura, en la década de los 70, cuando Venezuela solicita a Suiza y México, respectivamente, representar sus intereses en esos países.

En otros casos, la ruptura conduce a la creación de Oficinas distintas a las Embajadas, como sería el caso de las Oficinas de Intereses creadas por Estados Unidos y Cuba, luego de romper relaciones en la década de los 60, en medio de la denomidada guerra fria que opuso entonces a las dos grandes potencias.

Cazorla. Ed. El Nacional. Caracas. 2012 (2ª edición).

Las Convenciones de Viena de 1961, 1963, y de1969 citadas establecen los **derechos y las obligaciones** de los funcionarios del Estado de envío, los **privilegios y las inmunidades** intrínsecos a sus funciones. La inviolabilidad personal y de los locales, asi como la inmunidad de jurisdicción, las exoneraciones fiscales son regulados con precisión las Convenciones de Viena citadas.

Finalmente, el Estado puede ejercer sus relaciones internacionales en el marco de las organizaciones internacionales, es decir, la **diplomacia multilateral.** En estos casos, siendo miembro de una organización, facultad que le otorga su condición y subjetividad internacionales, un Estado puede establecer misiones diplomáticas permanentes ante el organismo de que se trate y enviar delegaciones a las reuniones de sus órganos, lo que involucra al Estado receptor con el que establece una relación particular, independientemente de si mantiene o no relaciones diplomáticas bilaterales. La Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones internacionales de carácter universal, aprobada en 1975, regula el funcionamiento de las misiones permanentes y de las delegaciones que se envían a las reuniones de los órganos de las organizaciones internacionales.

En la Convención se establecen los derechos y las obligaciones de los miembros de las Misiones permanentes y de delegaciones a las reuniones de órganos de una Organización, todo lo relativo a las inmunidades y privilegios. Los funcionarios de las misiones permanentes son funcionarios diplomáticos en el sentido estricto del término, al igual que los acreditados ante las Embajadas u Oficinas dentro de la diplomacia bilateral.

Los privilegios y las inmunidades se extienden también, por lo general, a los miembros de misiones o de delegaciones de Estados no Miembros de la Organización que tiene el carácter de Observadores. Tal es el caso de la Santa Sede, en algunos casos, en los que no es miembro de la Organización si no que tiene la condición de Observador. Tambien es el caso de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), a la cual la Asamblea General de la ONU le ha acordado el estatuto de "entidad observadora" y no de "Estado Observador"lo que no afecta los privilegios e inmunidades que gozan sus miembros.

C. Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

El principio *par in parem non habet imperium* establece que los Estados son iguales y que ninguno puede ser sometido sin su consentimiento a un proceso ante un tribunal nacional de otro Estado, lo que se funda en el reconocimiento mutuo de la soberania como uno de sus atributos intrínsecos a su personalidad. Esta norma procede del principio de la igualdad soberana de los Estados, tal como se recoge en el articulo 2-1 de la Carta de las Naciones Unidas

El Estado goza de inmunidades jursidiccionales cuando actúa como tal en sus relaciones (actos de *ius imperium*), es decir, actos ejercido en base al poder soberano que tiene el Estado. Pero, distintamente, el Estado no puede alegar tales inmunidades cuando realiza actos de carácter privado (*ius gestionis*), es decir, actividades no soberanas del Estado, hoy frecuentes en las relaciones internacionales, lo que se recoge claramente en la codificacion concluida en 2004 sobre este principio y en otros textos internacionales, como la Convencion Europea sobre inmunidades jurisdiccionales y el proyecto de Convención americana sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, en los cuales se difrencia los actos *jure gestionis* de los actos *jure imperii.*

El derecho que tienen los Estados de no ser sometidos a una jurisdiccion interna de otro Estado sin su consentimento se basa en el Derecho Internacional y no en la cortesia internacional que como veremos no genera obligaciones juridicas a cargo de los Estados, como lo señalara la CIJ en el Caso de las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados*, entre Alemania e Italia, en cuya Decision del 3 de febrero de 2012 constata que "…las partes convienen (…) que la inmunidad está regida por el derecho internacional y no releva simplemente de la cortesía internacional." (CIJ,Rec.2012, p.23, par. 53).

El Estado goza "para si y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado" como lo dispone el articulo 5 de la **Convenciones sobre las Inumindades de los Estados y de sus bienes** adoptada por la Asamblea General de la ONU, en

2004. (Res. 59/38, del 16 de diciembre de 2004), que busca fortalecer "la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas…"Esta norma tiene origen consutudinario como lo dijo la CDI cuando adopto el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, en 1980.(Anuario de la CDI, Vol. II, 1980, 2°. Parte, p.144, par.26).

El término j**ursidicció**n supone la competencia o poder de un Estado territorial para desarrollar un procedimento judicial, resolver controversias o zanjar litigios, asi como poder administrar justicia en todos sus aspectos, segun lo expresado por el Relator Especial en el segundo informe sobre Inmunidades jurisdiccionales de los Estado y de sus bienes. En el articulo 3 (disposiciones interpretativas) del proyecto se decia:

> " 1. Para los efectos de los presentes artículos, y a menos que se establezca otra cosa, …
> b) La expresión 'jurisdicción', tal y como se define en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 2, comprende:
> i) La potestad de sentencia,
> ii) La potestad de decidir cuestiones de derecho y de hecho,
> iii) La potestad de administrar justicia y adoptar medidas pertinentes en todas las fases de los procedimientos judiciales, y
> iv) Todas aquellas facultades administrativas y ejecutivas que normalmente ejercen las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial. (Anuario 1980 de la CDI, Vol.II, p. 222).

En la Convencion de 2004 se precisa que un Estado hará efectiva la inmunidad "absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribiunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado (art.6).

La CIJ en el caso antes señalado entre Alemania e Italia se planteó la cuestión de si determinados actos soberanos del Estado

pueden estar excluídos de la aplicación de la norma relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado. Para Italia, segun el artículo 11 de la Convencion Europea citada y del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2004, los Estados no pueden invocar la inmunidad de jurisdiccion en relacion con actos cometidos en el territorio de otro Estado que hayan causado la muerte o daños corporales. Para la Corte,sin embargo, el Derecho Internacional consuetudinario reconoce la inmunidad al Estado cuyas fuerzas armadas u otros órganos, son acusados de haber cometido sobre el territorio de otro Estado, actos que han causado daños durante un conflicto armado. No existe, pues, segun la Corte una excepción territorial, tal como lo planteara Italia en ese caso.

Estas inmunidades deben entenderse en forma distinta a las acordadas por el Derecho Internacional al Jefe de Estado y a los representantes del Estado en sus relaciones diplomáticas o consulares, asi como las que goza el Estado en virtud del Derecho Internacional, respecto de las aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado, como lo especifica el apartado 3 del artículo 5 de la Convención.

Un Estado no podria ser demandado ante un tribunal nacional, asi como tampoco sus bienes pueden ser objeto de embargo, por tribunales de otro Estado, lo que se responde al principio consagrado de Derecho Internacional consuetudinario, reafirmado en el Preámbulo de la citada Convención. Sin embargo, no se trata de una inmunidad absoluta, pues los Estados de manera voluntaria pueden renunciar a ella, ya sea aceptando su participación dentro de un proceso iniciado ante otros tribunales o renunciando convencionalmente, a través de un contrato celebrado con un particular o de un tratado internacional. (COMBACAU y SUR, op.cit, pp:243-244).

En principio el Estado puede, en efecto, en ejercicio de sus facultades, de su soberanía, renunciar a tal inmunidad, como sería el caso de Argentina cuyo gobiermo habría declarado tal renuncia en 1994, para asegurar a los inversionistas extranjeros que no plantearía tal inmunidad, en caso de controversias que se pudieren plantear en

sus relaciones con ellos, cuestion que por cierto fue examinada con detenimento en un Caso ante el Tribunal Internacional del Mar, en relacion con la fragata de la Armada Argentina, el *ARAS Libertad,* que habría sido objeto de una medida de embargo por un tribunal de Ghana, en noviembre de 2012 y en relación con el cual, como veremos, el Tribunal del Mar decretó medidas preacutelares o provisionales.

El Estado no podrá hacer valer su inmunidad de jurisdicción si ha renunciado a ella mediante un acuerdo o una declaración unilateral, como habría sido la declaración formulada por Argentina, antes citada. Tampoco podría un Estado alegar tal inumnidad en relación con los contratos de trabajo concluidos con el personal de sus misiones en otro Estado. La práctica en desarroll ha demostrado que el Estado no puede ejercer las inmunidades de jurisdicción, cuando es demandando por el incumplimiento de una clausula contractual de trabajo. La práctica en los tribunales europeos, principalmente en Suiza (Ginebra) y Alemania, ha sido en esta dirección. Desde luego, se trata en estos casos, de personal distinto al oficial integrado por funcionarios. La diferencia entre "funcionario" y "empleado" en este contexto es valida para determinar el alcance de estas inmunidades del Estado.

El no reconocimento de las inmunidades jurisdiccionales del Estado puede comprometer su responsabilidad internacional, como lo planteó Alemania ante la CIJ, en el citado Caso de las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados*, por no haber respetado Italia en ese caso, en la practica judicial "la inmunidad de jurisdiccion reconocida a Alemania por el Derecho Internacional." En sus Conclusiones, Alemania solicita a la Corte que declare que "la responsabildiad internacional de Italia esta comprometida" por cuanto Italia "permitió que se intentaran en su contra acciones civiles fundadas en el derecho internacional humanitario cometidas por el reich alemán durante la segunda guerra mundial (…) la República italiana ha cometido violaciones de sus obligaciones jurídicas internacionales por no haber respetado la inmunidad de jurisdicción reconocida a Alemania por el Derecho Internacional. (Ver, Demanda del 23 de diciembre de 2008, introducida por Alemania contra Italia y la Decisión de la CIJ del 3 de febrero de 2012).

La inmunidad de jursidicción abarca la ejecución de una decisión judicial. Un Estado no puede aceptar que un tribunal nacional adopte medidas para ejecutar una sentencia en contra de un Estado extranjero.

Otra cuestión se plantea en relación con las inmunidades de jurisdicción del Estado cuando se trata de **buques de guerra**. Sobre ello hay interpretaciones diversas en cuanto a la renuncia por un Estado de sus inmunidades jurisdiccionales, en particular, cuando se ha hecho una renuncia general. Es decir, la cuestion que se plantea es si tal renuncia puede abarcar los barcos de guerra, cuestión debatida en el caso *ARAS Libertad*, entre Argentina y Ghana, en el Tribunal Internacional de Derecho del Mar o si tales buques gozan de dichas inmunidades en todos los casos, salvo que haya una renuncia expresa referida a los mismos.

De acuerdo con la resolución de 1928 del Instituto de Derecho Internacional los barcos militares de pueden ser objeto de ninguna medida de embargo ni de ningún procedimiento judicial *in rem.* La Convención de las Naciones Unidas Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) precisa la definición de buques de guerra que disfrutarían de una completa inmunidad en las aguas sean ellas territoriales o interiores de otros Estado, lo que ha sido confirmado por tribunales nacionales, como en el Caso de *Allianz Via Insurance contra Estados Unidos*, en el que el Tribunal de Apelaciones de Aix en Provence, Francia, dijo que "…un buque de guerra es la expresión misma de la soberanía del Estado (…) en alta mar o en aguas territoriales extranjeras…"

El término "buque de guerra" es definido en la CNUDM, en su articulo 29, mientras que en el articulo 33 se precisa la inmunidad de jursidicción de estos barcos, al igual que otros igualmente de Estado que no tienen fines comerciales. Los articulos 30 y31 de la misma Convención establecen las excepciones a esta norma.

En el Caso del buque *ARAS Libertad*, Argentina sostuvo que en Derecho Internacional consuetudinario, tal como había sido reconocido y consagrado por la CNUDM, "la inmunidad de las naves de guerra es un tipo particular y autónomo de inmunidad que asegura a esas naves

una inmunidad completa" (Ordenanza del 15 de dicimebre de 2012, pár.44) y que "ella es acordada tanto en aguas interiores como en el mar territorial" (misma Ordenanza, pár.45) lo que rechazaba Ghana en sus consideraciones. El Tribunal aceptó esa tesis y otras sostenidas por Argentina en ese Caso y decidió adoptar una medida cautelar o provisional mediante la cual, en espera de la Decisión sobre el fondo, le solicitó a Ghana que "procediera inmediatamente y sin condición a la liberación de la Fragata ARAS Libertad." Ghana debía además, de acuerdo con la Medida Cautelar adoptada entonces, facilitar la salida del barco y su tripulación del Puerto de Tema y de las zonas marítimas bajo su jurisdicción, ordenándole, además, que se garantizara el aprovisionamiento de combustible para ello.

2. La Organización Internacional

Los sujetos de Derecho Internacional pueden ser originarios, como el Estado, al cual nos referimos antes; o derivados, es decir, creados por los mismos Estados en virtud del ejercicio de su soberanía, dando lugar a entidades con personalidad jurídica propia, que debe ser entendida a la luz de lo señalado en su tratado constitutivo: las **organizaciones internacionales**. Habría entonces sujetos con capacidad plena, limitadas por el mismo Derecho Internacional y por las obligaciones asumidas voluntariamente en ese ámbito, el Estado; y sujetos con capacidad restringida o limitada, atribuida por los Estados que la constituyen, las organizaciones internacionales.

El criterio expresado por la CPJI en 1927, en el Caso *Lotus,* acerca de que el Estado era el único sujeto de Derecho Internacional ha sido hoy superado. En esa oportunidad la Corte indicó que "puesto que el Derecho Internacional es un derecho única y exclusivamente entre Estados, única y exclusivamente los Estados pueden ser sujetos del Derecho Internacional"58.

La CIJ dijo, años mas tarde, en su Opinión Consultiva de 1949, en relación con la cuestión planteada sobre la*Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, que "los sujetos de derecho, en un sistema

58 CPJI, Serie A, Nº 10.

jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza ni al alcance de sus derechos"59 lo que abre el camino al reconocimiento de las organizaciones internacionales como entidades susceptibles de adquirir, de acuerdo con el Derecho Internacional, la condición de sujeto de Derecho Internacional. En esa misma Opinión Consultiva la CIJ estableció que "la Organización (de Naciones Unidas) fue creada para ejercer funciones y gozar de derechos, lo que ha hecho realmente que únicamente tienen explicación sobre la base de la posesión de la personalidad internacional en amplia medida y de la capacidad de obrar en el plano internacional"60.

Según la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que examina el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales desde 2002, se entiende por organización internacional "una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus Miembros, además de Estados, otras entidades." (Artículo 1 del Proyecto de Artículos aprobado por la CDI)61.

Los Estados, en ejercicio pleno de su soberanía y de acuerdo con las necesidades y sus políticas, pueden crear organizaciones internacionales, instituciones dotadas de capacidad jurídica y de personalidad jurídica internacional propia, distinta a la de los Estados que la crean, con competencias definidas en las reglas de la organización, aunque algunas competencias resultan implícitas, cuando no definidas en sus textos, responden a los objetivos y propósitos por los cuales son creadas. En este caso, tales competencias implícitas se desarrollan también en función de los objetivos y de los fines de la organización que pueden evolucionar para adaptar la organizacion a las nuevas realidades.

La expresión **reglas de la organización**, vale precisar, ha sido definida en la CVDT86, en la que se señala en su artículo 2-1-j que ellas serían la constitución y las resoluciones y decisiones adoptadas

59 CIJ. Rec. 1949, p. 178.

60 CIJ. Rec. 1949, p. 174.

61 CDI, Informe sobre su 63° período de sesiones. Documento de la Asamblea General de la ONU, A/66/10, 2011.

conforme a dichas reglas. Tambiés se ha considerado que la prráctica de la organización integran el concepto. Las reglas de la organización, en efecto pueden ser modeladas por la práctica como lo destaca el comentario enviado por la OTAN a la CDI cuando se examinaba el tema. (Doc. A/CN.4/637, II, B, 26.

Las organizaciones internacionales tienen la cualidad de sujeto de Derecho Internacional, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia internacional, en particular, la de la Corte Internacional de Justicia. En la citada Opinión Consultiva de la CIJ, en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* el tribunal examina la la cuestión de la personalidad jurídica internacional y constata que "la Carta ha conferido derechos y obligaciones distintos de los de sus Miembros"y concluye que "por ser titular de derechos y obligaciones posee en gran medida personalidad internacional y la capacidad para actuar en el plano internacional, aunque ciertamente no sea un super Estado."62

Más tarde, en el Caso de la *Interpretación del Acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, la misma Corte dijo que "la organización internacional es sujeto de Derecho Internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sea parte"63. La misma apreciación, en el Caso de la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, en el que la Corte dijo que "...cree apenas necesario recordar que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales"64.

Las organizaciones son por lo general creadas mediante un tratado, pero en la práctica puede observarse que también pueden serlo mediante un instrumento distinto, siempre regulado por el Derecho Internacional. Es el caso, por ejemplo, **del Instituto Panamericano de Geografía e Historia**, creado mediante una resolución de la IX

62 Resumen de los Fallos de la CIJ, p.10.Doc. ST/LEG/SER.F/1.
63 CIJ.Rec. 1989. pp. 89 y 90. párr. 37.
64 CIJ.Rec. 1996, pp. 66 y 78, párr. 25.

Asamblea General de la OEA, de 1969; y, de la **OPEP**, creada por resolución de una Conferencia de Representantes gubernamentales, en Bagdad, en setiembre de 1960. Sus Estatutos fueron adoptados mediante resolución de la Conferencia, en Caracas, en enero de 1961. También la**Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa** (OSCE) fue constituida mediante un doumento distinto a un tratado, en particular mediante el Acta Final de la Conferencia de Helsinki, que tendría un valor vinculante. También puede ser referencia, la **Cumbre Iberoamericana**, creada en la Declaración Final de la I Cumbre, celebrada en Cádiz en 1991, en la que se precisa que los Estados de la región decidieron "… constituir la Conferencia Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno con la participación de los Estados soberanos de América y Europa de lengua española y portuguesa".

La organización internacional tiene **personalidad jurídica** propia distinta a la de sus miembros, lo que permite establecer la responsabilidad internacional de la organización, aunque ésta pueda ser compartida con uno de sus miembros. Además, tienen **capacidad jurídica** de acuerdo con el Derecho Interno de los Estados, lo que les permite actuar como sujetos de derecho, en este contexto.

En los textos constitutivos de las organizaciones internacionales se hace, por lo general, referencia a ambas cualidades que tienen un sentido y un alcance diferente. Asi, por ejemplo, en el artículo Artículo 18 del Convenio constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de controversias (CIADI) se establece que "El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. Lacapacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:(a) contratar,(b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos,(c) comparecer en juicio." De la misma manera, en el Acuerdo del 15 de abril de 1994, mediante el cual se crea la OMC. En cuyo artículo VIII se establece que la Organización "tendrá personalidad jurídicva y cada uno de sus mimebros le conferirá la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones."

Las organizaciones internacionales se rigen por el **principio de especialidad** lo que quiere decir que "están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han

encomendado"65. Las organizaciones se crean, en efecto, con determinados fines, lo que se precisa en sus normas constitutivas, en primer lugar, en su estatuto constitucional; luego en sus reglamentos, en sus actos internos (resoluciones, decisiones) y en los acuerdos que suscriba con otros sujetos e incluso otras organizaciones internacionales.

La Organización Internacional actúa por intermedio de sus funcionarios, es decir, los **funcionarios internacionales**, personas vinculadas a la organización desde el punto de vista administrativo, que forman parte de su personal. Otras personas sin embargo, pueden actuar por la organización independientemente de su relación contractual o formal. De ahí que se utilice, por ser más amplio, el término **agente internacional** cuya definición fue esbozada por la CIJ en su Opinión Consultiva sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*: la Corte entiende el término "agente" en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones; en resumen, toda persona por medio de la cual la Organización actúa."66 En el proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de las organizaciones internacionales adoptado por la CDI, se precisa que "el término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales una organización actúa." (Art. 2-d del Proyecto)67, una definició que también encuentra su origen en la Opinión de 1949 antes citada.

La definición presentada por la CDI, acepatada por la generalidad, abarca no solamente personas físicas, si no también "todas las entidades por cuyo intermedio actúe la organización." Tal como lo dice la misma Comisión, la definición de "agente" de la organización es muy importante, al momento de examinarse la determinación de su responsabilidad internacional.

---

65 CIJ. Rec. 1996, cit. p. 78, párr. 25.

66 CIJ. Rec. 1949. p. 177.

67 Rapport de la CDI, 2011. Doc. ONU. A/66.10. pp. 74 y ss.

Tal como veremos más adelante,las nuevas realidades internacionales y el fortalecimiento del sistema multilateral en particular, han favorecido la creación de la **función pública internacional**, la cual está regulada por un régimen jurídico particular: el Derecho Administrativo Internacional o el **Derecho de la Función Pública Internacional,** tema que abordamos más adelante (ver. Capíctulo IX).

La capacidad jurídica de las organizaciones internacionales, acordada, como vimos antes, en sus respectivos textos constitutivos, está relacionada con los privilegios que se otorgan a la misma Organización y a sus funcionarios, en todos los casos en base a un criterio funcional. En la Carta de las Naciones Unidas se establece en su artículo 104 que "la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos." Y, en el artículo 105-1 que "la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos".

Ante esa nueva realidad, de la existencia y el funcionamiento de un sistema emergente, se adopta la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, mediante resolución 22 A (I), del 13 de febrero de 1946,de la Asamblea General y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, adoptada por la Asamblea General también, el 21 de noviembre de 1947 que contienen una serie de disposiciones detalladas sobre las prerrogativas e inmunidades de los funcionarios de las Naciones Unidas,de los representantes de los Estados Miembros y de los expertos de la Organización y de los organismos especializados.

En algunos textos constitutivos de organizaciones internacionales, como la OMC,se precisa que los privilegios e inmunidades que deben otorgar los Estados Miembros de la OMC a ésta y a sus funcionarios serán similares a los acordados en la Convención de 1947.

En el ámbito regional se han adoptado textos de esa misma naturaleza, mediante los cuales se otorgan también privilegios e

inmunidades a funcionarios y representantes de otras organizaciones, como sería el caso de Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, de 1949, y el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos, de 1949.

La capacidad jurídica de la Organización implica también las **inumindades jurisdiccionales**, como las acordadas a los Estados, antes vistas. En el ámbito de las Naciones Unidas en particular, la Convención de 1947 antes referida establece en el artículo II-2 que "Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona, gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad. Se entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria".

Al igual que en las relaciones bilaterales, los locales y los bienes de las Naciones Unidas y de las organizaciones internacionales vinculadas a ella o especializadas, son inviolables. No pueden ser objeto, en consecuencia, de allanamiento, tampoco de expropiación o medidas similares.

Se trata de una inmunidad jurisdiccional abosluta, aunque ha habido tendencias a limitarla introduciendo el criterio funcional contemplado en la Convención de 1947, especialmente, cuando la Organización, como ha sido la tendencia en el contexto de las inmunidades de los Estados, actúa en el ámbito comercial.

- **Clasificacion de las organizaciones internacionales**

Las organizaciones internacionales pueden ser **universales** (Naciones Unidas, las organizaciones especializadas de su sistema), **regionales** (Organizaciónde Estados Americanos, Unión Africana, Unión Europea), **subregionales** (Pacto Andino, MERCOSUR) e **interregionales** (Organización de Países Exportadores de Petróleo, Organización del Tratado del Atlántico Norte). Igualmente, las organizaciones pueden ser de **cooperación** (Naciones Unidas, OEA, UA) y de **integración** (Unión Europea, Pacto Andino), para recurrir a dos agrupaciones válidas genéricas que caracterizan la ordenación de las organizaciones internacionales.

Aunque trataremos el tema al examinar las nuevas fuentes el Derecho Internacional, debemos delantar que no todos los órganos de las organizaciones internacionales adoptan actos del mismo cariz; por ejemplo, incluso en el contexto de una misma Organización, como Naciones Unidas, observamos como los actos de la Asamblea General tienen por lo general un "carácter meramente recomendatorio", aunque no en todos los casos ya que algunas de esas "resoluciones" tienen el carácter de "decisiones" siendo en consecuencia vinculantes desde el punto de vista jurídico.

En efecto, la mayoria de las resoluciones de la Asamblea General son recomendaciones políticas pueden o no observarlas, aunque su incumplimiento puede tener consecuencias políticas para ese Estado en sus relaciones internacionales, con otros Estado e incluso con la misma Organización. Dentro de esas resoluciones algunas, sin embargo, tienen un efecto jurídico incuetionable. Tal es el caso de las resoluciones relacionadas con el funcionamiento de la Organización: composición de organos, elecciones, presupuesto. Otras contienen Declaraciones que recogen normas de Derecho Internacional consuetudinario;, como seria el caso de la Decelaracion Uniervsal de Derecho Humanos, entre otras. Estas resoluciones son vinculantes por su contenido, independientemente de su forma. Mediate estos textos se puede constata la existencia de normas de Derecho Internacional general, darse inicio a la formación de una de esas noirmas, incluso modificarlas o revocarlas.

Otras resoluciones contienen texos convencionales, como seria el caso de la Convencion sobre Misiones Especiales, adoptada por la Asamblea General, mediante resolución (2530-XXIV), del 8 de diciembre de 1969.

El Consejo de Seguridad, por su parte, puede adoptar resoluciones meramente recomendatorias o bien decisiones con fuerza obligatoria, especialmente cuando actúa en el contexto del Capítulo VII de la Carta: acciones en caso de mantenimiento de la paz, quebrantamiento de la paz y actos de agresión, como veremos cuando se examine el tema del tratamiento de las situaciones que afectan la paz y la seguridad internacionales y el papel del Consejo.

Por su parte, las organizaciones internacionales de **integración** adoptan decisiones que coinciden con la cesión de competencias en algunas materias, de parte de los Estados Miembros. La Unión Europea es un ejemplo clásico de organismo de integración que ha superado la fase de zona de libre comercio y de unión aduanera, con miras a alcanzar una unión política, aún imperfecta, que busca las coincidencias en sus múltiples esferas de actividad. En el ámbito americano, procesos de integración importantes se han venido consolidando. En el área andina, la Comunidad Andina de Naciones, integrada hoy por Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia y en el área ceontroamericana, el Sistema de Integracion Centroamerio.

Deben distinguirse las organizaciones internacionales que tienen el carácter de permanentes, de los **esquemas políticos de acción conjunta** aunque incluso, en algunos casos, éstas aparentan cierta institucionalizacón, al contar con Secretarías a cuyos miembros se les reconoce un estatuto diplomático temporal en los países en donde se reúne. Es el caso de los distintos grupos que operan en las relaciones internacionales, en especial, en el seno de las Naciones Unidas. El Grupo de los 77; también a nivel regional latinoamericano, el Grupo de Rio, entre otros que fundan su acción en documentos internacionales, como las declaraciones conjuntas o finales, pero que no son constitutivos de su personalidad internacional. Algunas de ellas poseen, como el caso del Grupo de Rio, una Secretaría *pro tempore* que facilita las reuniones y las acciones del grupo.68

En el contexto de la Cumbre Iberoamericana, un esquema de concertación interesante que refleja una suerte de diplomacia de Cumbres, se han creado Secretarías: una permanente,la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y la Sectretaría *pro tempore* que ejerce el país en el que se celebra la Cumbre.

---

68 Estos grupos son definidos en el *Glosario de términosútiles para el análisis y el estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración: Comercio, Cultura, y Desarrollo,* publicado bajo la dirección de los profesores Cástor M. Díaz Barrado y Ana Manero Salvador, publicado porMarcial Pons,Madrid, 2010.

3. El Individuo

La evolución de la sociedad internacional y el lugar e importancia que se ha dado a los derechos humanos, su promoción y su protección, permiten hoy reconocer al **Individuo** alguna subjetividad en el Derecho Internacional. La doctrina no ha sido unánime al considerar su cualidad de sujeto de Derecho Internacional. Para gran parte de los autores el Individuo goza hoy de cierta personalidad internacional, sin llegar a constituirse en sujeto de Derecho Internacional al igual que el Estado o la Organización Internacional lo que no puede disminuir, de ninguna manera, su importancia en el Derecho Internacional que le otorgaderechos y le impone obligaciones.

El Individuo es un **destinatario** del Derecho Internacional. La normativa de protección de los derechos humanos otorga al Individuo la condición de destinatario de una serie de **derechos** de origen consuetudinario y convencional, que conforman en su conjunto el cuerpo de normas de los derechos humanos. Por otra parte, el Individuo tiene **obligaciones** establecidas por el Derecho Internacional cuya inobservancia puede generar la **responsabilidad penal internacional individual,** temas que abordaremos con mayor detenimiento mas adelante.

Sin embargo, si nos ajustamos a los criterios expresados al comienzo, al definir "sujeto de Derecho Internacional", podemos observar que las condiciones señaladas no son suficientes para determinar la cualidad de sujeto de Derecho Internacional, en el sentido estricto del término. Es decir, el hecho de ser objeto activo y pasivo en función de la normativa, no es determinante para tal conclusión. Se requiere, además, que la entidad, es decir, el Individuo en este caso, tenga la capacidad de hacer valer el derecho ante instancias internacionales lo que en este ámbito es relativamente cierto, toda vez que no todas las instituciones de derechos humanos aceptan la acción del Individuo (*locus standi*). Este es un logro muy reciente, experimentado por el Derecho Internacional en la segunda mitad del siglo XX, y no en todos los tribunales internacionales, sino sólo en algunas esferas.

La **capacidad de acción del Individuo para reclamar sus derechos** sigue siendo supletoria, en el sentido de que para recurrir a una instancia internacional para tales fines, el Individuo debe agotar los recursos internos del Estado, lo que significa que debe utilizar "todos los recursos judiciales y administrativos del Estado autor del acto origen de la reclamación" tal como ha sido recogido en el artículo 14 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática adoptada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en 2006.

En algunos casos, el Individuo tiene **acceso a los órganos de control de las Convenciones de Derechos Humanos**, desde luego, en determinadas condiciones. Esos órganos, como veremos en su oportunidad, examinan el cumplimiento por el Estado de sus compromisos internacionales en relación con el Tratado de que se trata y formulan observaciones y recomendaciones que el Estado debe seguir para cumplir con tales obligaciones y hacer efectivo dicho instrumento, aunque no son órganos jurisdiccionales en estricto sentido.

Tal como veremos más adelante, en el marco del proceso cónsultivo de la CIJ en relación con la reforma de los Fallos del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT) , que afecta directamente al Individuo, éste participa como la misma Corte lo ha señalado en desigualdad de condiciones. Incluso su acceso se ha considerado desigual pues la solicitud de una Opinión Consultiva de la CIJ, como veremos, para reformar un Fallo del TAOIT, solamente puede ser planteada por un órgano autorizado de una Organización Internacional que ha aceptado la jurisdicción de la CIJ. El funcionario no puede activar un recurso ante la Corte para que ésta emita una Opinión Consultiva cuando la decisión le es adversa.

Tal como veremos con may detenimiento mas adelante, la **persona jurídica** tiene, distintamente, acceso directo a órganos de solución de controversias comerciales, en virtud de acuerdos suscritos previamente entre Estados o entre éstos y organizaciones internacionales. En este ámbito observamos que hoy en día el **inversionista extranjero** goza de cierta protección internacional que surge ante la necesidad de completar los mecanismos clásicos de

solución de controversias, los tribunales u órganos nacionales y la protección diplomática. A las personas jurídicas se les ha reconocido la capacidad de actuar en el ámbito internacional para la defensa y protección de sus derechos, particularmente, a través de órganos de conciliación, de mediación o arbitrales que se constituyen para conocer controversias específicas que le oponen al Estado de la inversión. Las fuentes de estos mecanismos están en el mismo contrato que establece el mecanismo e incluso las reglas materiales; o en un tratado internacional. En el Caso de la práctica venezolana, observamos numerosos tratados bilaterales de inversión en los cuales se acuerda la protección de las inversiones.

Los Tratados de Protección de Inversiones contienen generalmente cláusulas para la solución de las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes y entre éstos y los inversionistas de los dos países y entre éstos. El Tratado bilateral con España de 1997, por ejemplo, establece que "cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía amistosa". Inmediatamente "si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje" que será constituído según lo establece el mismo tratado.

En cuanto al Derecho aplicable, los tratados de inversión se remiten por lo general al texto del Tratado, a otros Tratados bilatarales entre las partes en la controversia y a los Principios generales de Derecho Internacional. El Tratado citado de 1997 establece en concreto que el tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de las normas contenidas en el Acuerdo o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes, y sobre los principios del Derecho Internacional. Las Partes establecerán de mutuo acuerdo las normas de procedimiento.

La situación es distinta cuando se trata de una controversia entre un inversionista de uno de los Estados y el otro Estado. Los Tratados, por lo general dejan abierta la posibilidad al inversor que decida si recurre a los tribunales nacionales del Estado en donde se realizó la inversión o al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965, si el Estado Parte ha adherido a aquél, o a cualquier otro mecanismo de solución de controversias acordado or las partes. Es posible también, en el marco del CIADI, como se prevé en el citado Tratado de 1997, que si una de las Partes Contratantes no se haya adherido al citado Convenio, se recurrirá al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría de C.I.A.D.I. El derecho aplicable en este caso es el mismo Tratado y otros que puedan haber suscrito las partes y las normas y principios de Derecho Internacional.

Es importante subrayar que algunos órganos arbitrales surgen de la iniciativa privada, a través de las Cámaras de Comercio, ejemplo los órganos de conciliación y arbitraje que se han creado en Cámaras de Comercio en los distintos países de la región, cuyas decisiones son vinculantes, tema que se desarrolla más adelante (Ver Capítulo X).

4. La comunidad internacional, un sujeto emergente de Derecho Internacional?

La sociedad internacional, como dijimos antes, transita hacia una **comunidad internacional** en la que los intereses particulares o individuales de los Estados son despalzados por los interses colectivos o comunes. En cierta medida, ante las nuevas realidades, se ha reconocido la existencia de la comunidad internacional como entidad, aunque ello no haya sido en forma definida.

En la Carta de las Naciones Unidas Unidas no se recoge el término "comunidad internacional" en forma explícita, pero si en textos ulteriores de gran relevancia jurídica, como es la resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se dice que: "Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen derechos y deberes iguales y son miembros iguales de la comunidad internacional..." También se recoge el término en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en la que se precisa que se entiende por normas imperativas de Derecho

Internacional, las "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto."

Igualmente, en los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, adoptada por la CDI y aprobada más tarde por la Asamblea General, se hace referencia a la expresión "comunidad internacional." Así, en el artículo 33 se precisa que:

> "1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación."

La Corte se ha referido en varias oportunidades al término "comunidad internacional". Así, pro ejemplo, en su Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, sobre las *Consecuenias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia,* cuando evoca la "asistencia de la comunidad internacional" al pueblo namibiano, para adquirir su independencia. La Corte dice concretamente que "en cuanto a las consecuencias generales de la presencia ilegal de Sudáfrica en Namibia, todos los Estados deben recordar que ello perjudica a un pueblo que **debe contar con la asistencia de la comunidad internacional..."***69* **(negrillas nuestras).** Más tarde, en su Decisión en el Caso de *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, la Corte dice que "...estos sucesos no pueden mas que socavar la base de un edificio jurídico pacientemente construido por la humanidad a lo largo de los siglos y cuya salvaguardia es esencial para la seguridad y el bienestar de una comunidad internacional tan compleja como la actual...."

La comunidad internacional es, sin duda, una realidad que incide en la formación del Derecho Internacional. Lo que no es posible concluir es que la comunidad internacional pueda constituir un sujeto de Derecho Internacional, es decir, que pueda actuar en el plano internacional, exigir derechos y asumir obligaciones. El solo hecho de que no haya una autoridad que pueda representarla, para exigir un derecho y hacer una reclamación, hace imposible por ahora aceptar su existencia como tal.

69CIJ.Rec.1971, p. 44, pár.127..

Las expresiones **comunidad internacional, humanidad** y **patrimonio común de la humanidad** están intimamente relacionados.

En algunos textos e instrumentos internacionales se ha hecho referencia a la facultad de un órgano de actuar en nombre de la **humanidad.** Es el caso, que resulta de sumo interés, de la facultad que se da a la **Autoridad** para organizar, realizar y controlar las actividades en la **Zona** "en nombre de toda la humanidad.." (Art. 153 de la CNUDM).De la misma manera, en el artículo 137-2 de la misma Convención, se dice que "Todos los recursos de la zona **pertenecen a la humanidad, en cuyo nombre actuará la humanidad**". (negrillas nuestras).

5. Sujetos *sui generis* de Derecho Internacional: La Santa Sede y la Orden Soberana de Malta y otras entidades

Antes habíamos hecho referencia a la **Santa Sede y** a la **Orden Soberana de Malta** como entidades que gozan de cierta personalidad internacional, es decir, de una subjetividad relativa en Derecho Internacional.

Trás la desaparición de los Estados de la Iglesia y de la necesidad de Italia de normalizar las relaciones con la Iglesia se suscriben los Tratados de Letrán de 1929, ratificados más tarde, en 1984, mediante el cual el Estado italiano reconoce la personalidad jurírica internacional de la **Santa Sede y de la Ciudad del Vaticano** como sede la Iglesia Católica.

Los Tratados de Letrán son tres instrumentos distintos pero evidentemente complementarios. El primero se refiere a la indepedencia y a la soberanía de la Santa Sede; el segundo, un Concordato que regula las relaciones civiles y religiosas entre la Santa Sede e Italia y un trece texto relativo a cuestiones financieras.

En el artículo 2 de los Tratados de Letrán, Italia "reconoce la soberanía de la Santa Sede en el campo internacional como atributo inherente a su naturaleza, conforme a su tradición y a las exigencias de su misión en el mundo". Reconoce también Italia en este mismo Tratado la **soberanía y jurisdicción exclusiva**"a la Santa Sede sobre

laCiudad del Vaticano, supone que en la misma no haya alguna injerencia por parte delGobierno italiano y que no haya otra autoridad que no sea la de la Santa Sede". La Santa Sede, por su parte, reconoce el Reino de Italia bajo la dinastía de la Casa de Saboya con Roma como capital delEstado italiano.A su vez, Italia reconoce el Estado de la Ciudad del Vaticano bajo la soberanía delSumo Pontífice.

La comunidad internacional, en general, ha reconocido a la Santa Sede, su **personalidad jurídica internacional**. La Santa Sede concluye tratados internacionales con otros sujetos de Derecho Internacional, denominados **Concordatos;** disfruta igualmente de la inmunidad de jurisdicción que se le acuerda a los Estados, asi como de los privilegios y de las prerrogativas que se le otorgan a sus sedes y a sus representantes; intercambia representantes, **Nunciaturas**; participa en las organizaciones internacionales como Observador. En fin, su reconocmiento tiene efectos jurídicos importantes en el plano internacional.

La Santa Sede o Ciudad del Vaticano tiene un territorio definido en los Tratados de Leatrán de 1929, una población aunque particular que responde a los fines de la Iglesia Católica, teniendo hasta un pasaporte reconocido por los demás Estados y un gobierno, próximo probablemente, por sus características igualmente particulares, a una monarquía. La autonomía en las relaciones internacionales y la capacidad de representación en sus relaciones internacionales es incuestionable.

Sin duda, pese a las especificidades como entidad, la Santa Sede goza de personalidad jurídica internacional suficiente, sin ser un Estado en el sentido que vimos antes, por lo que estaría sometida en sus relaciones internacionales, en ese contexto, al Derecho Internacional.

La **Orden Soberana de Malta** es aún más particular. Una orden religiosa vinculada a la Iglesia Católica de "capacidad restringida" 70.

70 BARBOZA, J., op.cit. p. 160.

Una entidad distinta a un Estado que desde el siglo XVI actuaba como una entidad con funciones propias, en lo militar y en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin territorio desde el siglo XVIII mantiene hoy la misma autonomía e independencia continuando sus actividades en el sector de la asistencia sanitaria desde su sede en Roma71. Mantiene relaciones con Estados Europeos y con algunos países de América Latina, como Argentina.

Otras entidades gozan de cierta cualidad internacional, como es el caso del **Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR),** una entidad independiente, una ONG muy particular, y con una "**personalidad jurídica funcional**"que se desprende del Derecho Internacional Humanitario.

El CICR fue creado el 29 de octubre de 1863, con el fin de prestar ayuda humanitaria a las personas afectadas por conflictos armados y la violencia armada. Su función en el ámbito normativo ha sido sumamente importante. El CICR ha promovido desde su creación el Derecho Internacional Humanitario.A su independencia se agrega su neutralidad que ejerce como institución y en la asistencia humanitaria.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adiconales le reconocen su importancia y el rol que debe desempeñar en el ámbito patra el cual ha sido creado. Al decir de Yves Sandoz, el CICR "desempeña en su calidad de "guardián" del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, cometido complejo que está intimamente relacionado con su propia fundación y que la comunidad internacional le confió postriormente de manera formal." (El Comité Internacionald e lòa Cruz Roja, pub. del CICR, 1998).

El CICR no es un sujeto de Derecho Internacional aunque concluye acuerdos con los gobiernos para poder cumplir sus funciones; y goza del carácter de **Observador** ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, según resolución aprobada por

---

71 CARBONE, S.,*I soggetti e gli autori nella Comunita internazionale*, en Istituzioni di Diritto Internazionale, p. 24, Giappichelli Ed. Torino, 2011.

consenso el 16 de diciembre de 1990 (Res. 45/6), otorgado, como lo dice la misma resolución, en consideración del papel y los mandatos especiales que le confieren los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

El CICR, a diferencia de otras organizaciones no gubernamentales, juega un papel directo en las relaciones internacionales. Sin ser un sujeto de Derecho Internacional, en el sentido estricto de la expresión, el CICR tiene una capacidad funcional que le permite relacionarse con otros sujetos de Derecho Internacional. A pesar de ello, el CICR es un actor internacional que participa de manera importante en las relaciones internacionales, específicamente, en el ámbito de los conflictos armados y de las situaciones de violencia y de crisis humanitaria en las que participa conjuntamente con otras tantas instituciones, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En este contexto, habría también que considerar la **Autoridad Palestina de Cisjordania y Franja de Gaza,** admitida por resolución de la Asamblea General del 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se le acuerda el estatuto de Observador con pleno derecho, en las Naciones Unidas. Sin duda, la ANP actúa en el plano internacional y representa al pueblo palestino. El reconocimento de la ANP por la Asamblea General, en consecuencia, por la mayoría de los Estados que votaron a favor la resolución, tiene importantes consecuencias jurídicas y políticas.

6. Los actores internacionales: empresas transnacionales y la sociedad civil

Al lado de los sujetos antes definidos, actúan en las relaciones internacionales otros "entes" que tienen personalidad propia pero que no están sometidos, en principio, al Derecho Internacional. Me refiero a las **empresas transnacionales** y a la **sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales**, en particular**,** que actúan e influyen en el proceso de transformacion constante de la sociedad internacional e incluso,

influyen en la función normativa, es decir, en la elaboración del Derecho Internacional.

Las **empresas transnacionales** serían aquellas entidades que operan tanto en el país en el cual están establecidas legalmente, como en otras en donde se asientan para ejercer actividades mercantiles o económicas. El término "transnacional" responde precisamente al hecho de que dichas entidades o empresas están establecidas para realizar sus operaciones en más de dos países. Estas entidades, operadoras del comercio internacional, se han convertido en actores sumamente importantes de las relaciones internacionales. Su personalidad jurídica internacional, su cualidad de sujeto de derecho internacional, es objeto de opiniones diversas por la doctrina. Para algunos "una empresa transnacional puede ser considerada como un sujeto de derecho internacional en la medida en que es titular de derechos y obligaciones y puede incluso interponer un recurso ante un tribunal internacional". Si se tratara de sujetos de Derecho Internacional en el sentido que nos interesa, la empresa transnacional tendría una personalidad limitada, derivada, relativa y funcional, pero ciertamente la empresa transnacional no tiene las características suficientes como para ser consideradas sujeto de derecho internacional.

En la **Declaración tripartita de Principios sobre las empresas transnacionales y la política social,** adoptada por el Consejo de Administración de la OIT, en 1977, se señala en su párrafo 1 que: "Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en las economías de la mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales, que es de interés creciente para los gobiernos, así como para los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones. Mediante las inversiones directas internacionales y otros medios, estas empresas pueden aportar ventajas substanciales al país de acogida y los países de origen, contribuyendo a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo establecidas por los gobiernos, pueden aportar también una contribución muy importante a la promoción del bienestar económico y social; a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; y a la

promoción de los derechos humanos básicos, incluida la libertad sindical, en todo el mundo. Las empresas transnacionales tienen una responsabilidad social incuestionable, particularmente en materia d derechos humanos. Aunque en su oportunidad profundizaremos sobre el tema, debemos adelantar que en 2005 se crea, a solicitud de la entonces Comision de Derechos Humanos de la ONU (Hoy Consejo de Derechos Humanos) la figura del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas con el fin de alcanzar un consenso universal acerca del papel de los Estados y las empresas en relación a los impactos de la actividad empresarial en los derechos humanos.

Por otra parte, los progresos realizados por las empresas multinacionales en la organización de sus operaciones que transcienden el marco nacional pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de la política nacional y los intereses de los trabajadores. La complejidad de estas empresas y la dificultad de percibir claramente sus estructuras, operaciones y planes son también motivo de preocupación en el país de acogida, en el país de origen o en ambos".

No hay una reglamentación jurídica internacional sobre la definición y el funcionamiento de las empresas transnacionales. El debate político, entre países industrializados y países del tercer mundo o en desarrollo ha impedido acordar reglas más precisas. No obstante, se han adoptado algunas reglas puntuales y preliminares acerca de su funcionamiento como las mencionadas de la OIT que si bien no tienen un carácter vinculante, por tratarse de una Recomendación del Consejo de Administración de la OIT, tiene importancia política incuestionable. Los 58 principios que contiene la Declaración están dirigidos a los gobiernos, a las organizaciones empresariales y de trabajadores y a las empresas mismas que "son invitadas a colaborar en su aplicación".

Tal como veremos luego, las controversias jurídicas entre sujetos de Derecho Internacional son sometidas, por lo general en forma consensuada, según el principio de que nadie puede ser sometido sin su consentimiento a un mecanismo determinado de solución, a un órgano internacional que aplicará el Derecho Internacional, tal como se

menciona en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que enumera las fuentes del Derecho Internacional.

En el caso de las controversias entre un Estado y una entidad que no lo es, aunque pueda disfrutar de cierta relevancia jurídica internacional, la situación es distinta. La reclamación se plantearía ante los órganos nacionales, en principio, aunque la otra parte sea un sujeto de Derecho Internacional, es decir, un Estado o una organización internacional en concreto, a menos que exista una norma de Derecho Internacional, particularmente una norma convencional o de origen legal interno, que permita el recurso directo de esa persona jurídica o natural, a un órgano internacional que aplicará el derecho material establecido.

Los instrumentos de los Acuerdos Internacionales de Inversión, en sus resultantes Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o Tratados Bilaterales de Inversión, regulan los mecanismos a los quee someterían las controversias. En muchos casos, aunque no necesariamente, en estos instrumentos se incluye tambie una disposición retiva al derecho aplicable, en la mayoría de los casos, el Tratado mismo y el Derecho Internacional, un tema que abordamos con mayor detenimiento en el Capítulo X de este texto.

Por otra parte, en el contexto de los actores internacionales, emerge la **sociedad civil** como un actor organizado, no sólo en el plano nacional, si no en el internacional en el que cada vez está mas presente y en el cual ejerce una función importante, especialmente, como dijimos, en los asuntos que interesan a la comunidad internacional en su conjunto, como los derechos humanos, la justicia penal internacional, la asistencia humanitaria y la protección del ambiente.

Las **organizaciones no gubernamentales** representan esa sociedad civil organizada. Se trata de entidades sin fines de lucro creadas en base al derecho interno, cuyas actividades resultan internacionales, sin que se niegue que existen muchas ONG de alcance interno exclusivo. No hay un consenso sobre su definición, pero si se está de acuerdo en que ellas deben ser absolutamente independientes de grupos políticos, lo que en la práctica no es fácil de lograr.

Las ONG se constituyen ante el Estado, para hacer suya las reclamaciones sociales o políticas. De la misma manera se constituyen ante la comunidad internacional de Estados para exigirles determinadas decisiones. Han tenido éxito, sin duda alguna, como por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos y de la protección del ambiente y más destacado, en el proceso de creación de la Corte Penal Internacional e incluso después de creada e instalada ésta. También es sumamente relevante su acción en el ámbito de los refugiados, como operadores para canalizar la ayuda humanitaria y la misma actividad de los órganos internacionales, como el ACNUR.

Las ONG actúan oficialmente en el marco de las Naciones Unidas. Pueden por ello participar en los órganos internacionales de su competencia y debidamente autorizados. En el artículo 71 de la Carta de la Organización "se autoriza al ECOSOC a hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones internacionalesno gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo..." En la práctica las ONG presentan sus candidaturas al ECOSOC órgano que lo considera y las admite si es el caso, para invitarlas a participar en las actividades de la Organización.

En el ámbito comercial multilateral, la OMC e particular, como veremos en su oportunidad, las ONG pueden someter Memorias a los Grupos Especiales o Panels y ante el Organo de Apelación que funcionan dentro del mecanismo de solución de diferencias. La práctica *Amicus Curiae* establecida en esta sistema permite a los actores privados y las ONG intervenir en el proceso.

G. Protección Diplomática

La protección diplomática se definía como el derecho de un Estado de presentar una reclamación internacional en contra de otro Estado cuando uno de sus nacionales ha sido víctima de un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado. Ahora, en el Proyecto citado de la CDI, en su articulo 1, con un enfoque distinto, se le define como "la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese

Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad". (Informe de la CDI, del 2006, doc. A/61/10, p.24).

Una persona, sea jurídica o natural, puede gozar de la protección diplomática del Estado al cual le une el vínculo de la nacionalidad, en determinadas condiciones. Se trata de protección de nacionales según la concepción clásica de la institución, aunque en el citado Proyecto de artículos adoptado por la CDI, la protección diplomática se extendería ahora, en un ejercicio claro de desarrollo progresivo del Derecho Internacional, a los **apátridas y** los **refugiados** (Art. 8 del mismo proyecto de artículos). Así, el vínculo de la nacionalidad de las personas jurídicas y morales no seríasegúnesaconcepción, que cabe calificar como "funcional", el único en el que se basaría la protección diplomática.

Si bien hasta hace poco, la protección se ejercía solamente cuando se alegaba violaciones del estándar minimo de extranjeros, hoy por el desarrollo del Derecho Internacional material, esa posibilidad se extiende a las violaciones de derechos humanos, internacionalmente garantizados, como lo precisa la Corte en su Decision sobre excepciones preliminares (Competencia y admisibilidad), en relación con el Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (CIJ,Rec. 2007, par.40, pag. 599).

La protección diplomática es **facultativa** del Estado. Es un privilegio elemental de Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger sus nacionales perjudicados por otro Estado, que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias, como lo dijo la CPJI, en el Caso *Mavrommatis*. El Estado hace suya la causa del nacional72. No constituye, en consecuencia, una obligación. La CDI consideró, sin embargo, que "un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática debería considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya causado un perjuicio grave para lo cual tendrá debidamente en cuenta la opinión de la persona perjudicada; a la vez que deberá considerar transferir a la persona perjudicada la indemnización de que pudiera ser objeto.

---

72 CPJI, 1924, Serie A, No. 12, p. 12.

El ejercicio de la protección diplomática exige, en primer lugar, que la persona objeto de la acción, con la excepción antes referida contenida en el artículo 8 del Proyecto de Artículos de la CDI, tenga la **nacionalidad** del Estado que la intenta, la cual debe tener de manera continua, desde la fecha del perjuicio hasta que se introduce la reclamación.

El Estado de la nacionalidad puede ejercer la acción de la proteccion diplomática no solo cuando se trata de individuos, en el sentido singular de la expresión, si no en relación con las sociedades u otras entidades y los accionistas de una sociedad. Tal como lo dice la CIJ en el Caso *Ahmadou Sadio Diallo* "solamente el Estado nacional puede ejercer la protección diplomática de la sociedad cuando sus derechos son objeto e un acto ilicito de otro Estado." (CIJ, Rec. 2007, par. 61, pag. 605).

El Estado de la nacionalidad puede también ejercer una acción para proteger os derechos de los accionistas de la sociedad, tal como queda autorizado en el articulo 12 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la Proteccion Diplomatica que dice que "en la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, derechos que son distintos a los de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales."

Además del vinculo de la nacionalidad, se debe estar ante una **violación de una obligación internacional** y que se hayan **agotado los recursos internos** como se establece en el articulo 14-2, elaborado en base a las decisiones de la CIJ en relación con los Casos *Ambatielos* e *Interhandel* .

En este ultimo Caso, la Corte dijo que "la regla según la cual deben agotarse los recursos internos antes de recurrir a un procedimiento internacional es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario; esa regla ha sido por lo general observada, en los casos en los que un Estado actua en nombre de uno de sus nacionales cuyos derechos habrían sido lesionados en otro Estado, en violación del derecho internacional. Se ha considerado que antes de recurrir a la jurisdicción internacional el Estado de la lesión pueda remediar tal viola-

cion por sus propios medios, en el marco de su orden jurídico interno. (CIJ, Rec.1959, p. 27).

Sin embargo, es factible que no se puedan agotar los recursos internos por diversas razones. En esos casos, tal exigencia no es indispensable. Puede no haber agotamiento de los recursos internos cuando "no hay recursos internos razonablemente disponibles" o que tales recursos "no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener reparación." Puede haber también un retardo indebido o cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca ha renunciado a ellos, como lo señala el artículo 15 del Proyecto de Artículos adoptado por la CDI, ya referido.

Agregamos acá que la inacción del órgano interno que debe decidir para que se pueda agotar el recurso interno, generalmente jerárquicamente superior, puede significar un rechazo a la reclamación planteada.

La evolución de las relaciones internacionales ha permitido, como señalamos en la parte introductoria y como lo abordamos más adelante (Capítulo X), el surgimiento de mecanismos particulares, como el arbitraje comercial, en el cual participan en igualdad de condiciones un Estado y los nacionales, personas jurídicas o naturales, de otro Estado. Para algunos, el recurso a este mecanismo, especialmente el institucionalizado, como el previsto en la Convencion de Washington de 1965, mediante el cual se crea el CIADI, puede constituir "una alternativa al tradicional sistema de la protección diplomática." (Carbone, Luzzatto y Santa Maria, *Instituzioni di Diritto Internazionale*, cit, p.590).

Un Estado puede **renunciar** por la via convencional a la protección diplomática de sus nacionales en relación con otro Estado, pero esa renuncia no podría ser formulada por un particular, sea una persona natural o una persona jurídica, en sus relaciones contractuales con un Estado distinto al de su nacionalidad, toda vez que se trata de un derecho del Estado y no del particular.

Un ejemplo de esta renuncia está prevista en el artículo 27 de la citad Convencion de Washington de 1965 que dice que "1. Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto a cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o

hayan sometido a arbitraje conforme con este convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo; 2. A los efectos de este artículo no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia."

Tal como veremos en el ámbito de las protección de las inversiones y la remisión a los medios de arbitraje internacional para resolver las controversias que se pueden plantear entre un Estado y una entidad privada en sus relaciones contractuales, algunos Estados si bien han renunciado al tratamiento nacional exclusivo de estas controversias, conservan disposiciones constitucionales que la conservan relativamente, como es el caso de Venezuela, en el artículo 151 de su Constitución Nacional.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Definición y clasificación

Las fuentes de derecho son **formales** y **materiales**. La fuente material del Derecho Internacional es tradicionalmente la voluntad estatal, mientras que las fuentes formales son las diversas manifestaciones de esas normas (tratados, costumbre, etc). El Estatuto de la CIJ clasifica en su artículo 38 las fuentes en **principales**: (1) **tratados internacionales**, particulares o generales, expresamente aceptados por las partes, (2) la **costumbre internacional**, como prueba de una práctica aceptada como derecho y (3) los **principios generales del derecho**, aceptados por las naciones civilizadas; y, como fuentes **auxiliares:** (4) las **decisiones judiciales** y (5) la **doctrina.**

El artículo 38 no establece ninguna jerarquía entre las fuentes. Sin embargo, en la práctica la Corte aplica las fuentes en el orden en que están establecidas por el artículo 38; por lo general, la Corte preferirá la aplicación de un tratado antes que la costumbre, en particular por ser éste más específico y claro, lo que no disminuye de ninguna manera el valor y la importancia de la norma consuetudinaria. La Corte puede recurrir a la aplicación del Derecho Internacional consuetudinario, si no hay un tratado aplicable, más aún si las partes en la controversia así lo reconocen. En el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el Mar Caribe,* entre Nicaragua y Colombia, la Corte dijo que "... en vista de que Colombia no es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, las partes convienen en que el derecho aplicable es el Derecho Internacional consuetudinario." (CIJ, Rec.2012, p.48, pár.137).

Si bien no hay relación jerárquica vista ella en estricto sentido, entre las fuentes, aunque en la práctica, como vimos, el juez recurre primero al tratado, después a la costumbre y luego a los Principios Generales del Derecho, hoy se ha reconocido la existencia de una

jerarquía formal, a través de la introducción de conceptos como las normas imperativas del Derecho Internacional o *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

En la Carta de las Naciones Unidas se establece también la relación jerárquica entre "las obligaciones contraidas (...) en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraidas en virtud de cualquier otro covenio internacional" dando preeminencia a las primeras.

Por otra parte, el articulo 38 es simplemente enunciativo. El Derech Internacional, en proceso de evolución constante, como veremos, reconoce hoy otras fuentes, como las resoluciones de los órganos internaiconales, los actos unilareales del Estado y ciertos documentos internacionales que sin ser instrumentos convencionales en el sentido de estricto de la expresión, como las Actas Finales de la onferencias internacionales, contienen normas jurídicas.

B. Fuentes principales

1. El Tratado internacional

El Tratado internacional, conocido en las relaciones entre distintas entidades, incluso desde épocas muy remotas, en Egipto, en Grecia, era regulado por normas de Derecho consuetudinario hasta mediados del siglo XX cuando se inicia un proceso de codificación que culmina exitosamente con la adopción de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 (CVDT), aunque antes, es cierto, hubo algunos trabajos de codificación exitosos, en la segunda parte del siglo XIX y a comienzos del XX.

La primera Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, (CVDT69) fue adoptada en la Conferencia Diplomática de Viena de 1968-69 y entró en vigor el 27 de enero de 1980, es decir, 90 días después del depósito del instrumento de ratificación número 35. La Convención, sin embargo, o más bien, las reglas contenidas en ella, fueron aplicadas por las jurisdicciones internacionales antes de esa fecha dado su carácter consuetudinario. La Convención de 1969 es, si lugar a dudas, la codificación de las reglas

consuetudinarias existentes, como lo reconoce la CIJ en el Caso *Gabcikovo-Nagymaros*73.

La Convención de Viena de 1969 regula las relaciones contractuales entre Estados, dejando de lado los tratados suscritos entre Estados y organizaciones internacionales y entre éstas. En marzo de 1986, por recomendación de la Conferencia de Viena (1968-1969), se aprobó, en base al proyecto adoptado por la CDI, la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales". Esta Convención, junto a la Convención sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, adoptada el 22 de julio de 1978, completan la Convención de 1969 y conforman en su conjunto el **régimen de Viena del derecho de los tratados.**

e. Definición

El tratado es un "**acuerdo de voluntades** entre sujetos de derecho internacional, destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones internacionales"74. La CVDT69 lo define en su artículo 2 (términos empleados) como: "Un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, sea consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y sea cual fuere su denominación particular"75.

El tratado es ante todo un **acuerdo de voluntades** entre las partes (*negotium*), entre Estados y entre éstos y organizaciones internacionales; y, entre éstas; un acuerdo que no es necesariamente simultáneo, ni reflejado en un mismo instrumento. Puede ser el producto de dos actos unilaterales separados, como la oferta y la aceptación. El acuerdo es una **manifestación de voluntad** exteriorizada. Esa manifestación es la esencia del tratado. La mejor exteriorización de esa voluntad se expresa en su carácter escrito (*instrumentum)*, aunque la Convención de Viena, según su artículo 3, no desconoce la posibilidad de acuerdos verbales u orales.

---

73 CIJ. Rec. 1997, p. 46.

74 BARBOZA, Julio, op. cit, p. 107.

75 Esta definición es recogida en iguales términos en la Convención de Viena de 1986, sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

Las obligaciones que se derivan del tratado abarcan las contempladas no solamente en la parte dispositiva, sino en todo el texto, incluyendo los Anexos que a veces resultan, por remisión del mismo Tratado, tan o mas importantes que el mismo tratado. Asi, por ejemplo, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1,2 y 3 del Acuerdo de 1994, forman parte integrante del mismo y son vinculantes, en conseceuncia, para todos sus Miembros, como lo establece el artículo II-2 del Acuerdo Constitutivo de dicha Organización.

El tratado puede ser concluido, como dijimos, no solamente por Estados, sino entre otros sujetos de Derecho Internacional, como lo expresa la CVDT69 al dejar abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser suscrito por sujetos distintos al Estado, lo que habrá de desarrollarse como lo señalamos antes, con la adopción de la Convención de 1986, referente a las organizaciones internacionales.

LaCVDT69señalaaesterespecto,ensuartículo 3, que:

> "el hecho de que la Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales concluidos entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos que no han sido concluidos por escrito, no afecta:
>
> a. El valor jurídico de tales acuerdos;
>
> b. La aplicación a esos acuerdos de las reglas enunciadas en la presente Convención.
>
> c. La aplicación de la Convención

Y agrega:

> "i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y,
>
> ii) Entre dos organizaciones internacionales".

Un **acuerdo suscrito entre un Estado y una persona jurídica que no sea sujeto de Derecho Internacional** no puede ser considerado tratado internacional, por lo que no se le puede aplicar, en caso de una controversia, el régimen de Viena, a lo que se habría referido la CIJ en algunas decisiones, entre las cuales la relativa al Caso de la *Anglo-Iranian Oil. Co*., en la que precisa que "una concesión petrolífera concluida entre el Estado iraní y una sociedad privada no podría tener carácter de un

tratado internacional"76, por lo que no se le aplica el Derecho Internacional. En estos casos estaríamos ante **contratos internacionales** a los que se aplica, en principio, el derecho interno del Estado.

El Tratado, como se refleja en la definición de la Convención de 1969, es **un acuerdo** que se concluye con el fin de producir efectos **jurídicos**. Es decir que todo tratado crea compromisos jurídicos que son vinculantes para las partes. Para algunos, sin embargo, un acuerdo que no tenga un carácter normativo, que no instituya obligaciones jurídicas precisas afirmando simplemente posiciones, deseos o intenciones políticas, no sería un tratado; para otros, lo que compartimos, un tratado puede producir efectos distintos al normativo, es decir, distintos a la creación o a la modificación de una norma. Por más que los efectos jurídicos de un tratado puedan reducirse, es difícil concluir en que puede haber tratados que no tengan ningún efecto jurídico77.

El tratado **está regido por el Derecho Internacional**, aunque no en forma exclusiva. El Derecho Interno es aplicable en la fase de la elaboración, en particular, cuando se establecen los plenos poderes para negociar y suscribir un texto y en lo relativo a la ratificación y entrada en vigor que en la mayoría de los casos supone la participación de los órganos legislativos. Tambien, es aplicable el Derecho Interno, en el proceso de ratificación, por lo general por las normas constituciuonales de orden interno.

Independientemente de esta ultima referencia, estamos ante acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional sometidos a este orden jurídico. Sin embargo, no todos los acuerdos suscritos entre Estados o entre sujetos de Derecho Internacional son internacionales. Algunos de ellos, como lo dijo la CDI cuando elaboraba el proyecto de Convención sobre el derecho de los tratados, pueden estar regulados por el Derecho Interno, como, por ejemplo, la compra de un inmueble o de cualquier mueble, es decir, cuando el Estado actúa como persona de derecho privado, en cuyo caso no se aplica el Derecho Internacional. Un Estado puede ocncluir en este contexto, un acuerdo con un particular e incluso

76 CIJ. Rec. 1952, p. 112.
77 REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*, p. 30, Paris, 1995.

con elmismo Estado, pero en el marco de una relación privada, como por ejemplo, la compra de un bien mueble o inmueble.

En la práctica internacional el acuerdo en el sentido que nos interesa es denominado de **distinta forma**, lo que no afecta su naturaleza. El término tratado es sinónimo de Pacto, Acuerdo, *Modus vivendi*, Arreglo, Convención, Convenio, Estatuto, Memorándum de Entendimiento, Protocolo. La CIJ, inspirada en la Decisión adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el Caso de las *Aduanas austro-alemanas*, señaló en su Decisión en el Caso de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales* que "un acuerdo internacional puede adoptar distintas formas y presentarse con denominaciones diversas"78. Antes, la misma Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su Opinión Consultiva en el caso de *Sudoeste africano* (Excepciones preliminares), había indicado que:"la terminología no es un elemento determinante en cuanto al carácter de un acuerdo o de un compromiso internacional"79.

Los tribunales internacionales han considerado en varias ocasiones el valor jurídico de textos distintos al tratado que pudieren ser considerados Acuerdos en el sentido de la Convención de Viena, como serían las Minutas, Actas o *Proces verbaux* que se emiten o se acueran al final de una reunión entre representantes de dos o más Estados. Igualmente, los **Comunicados, Declaraciones Conjuntas o Declaraciones Comunes**, incluso no suscritas, simplemente emitidas al término de un encuentro diplomático de alto nivel, una cuestión que abordamos al final del examen de las fuentes de Derecho Internacional.

f. Estructura del Tratado

La estructura del tratado no responde a reglas. Por el contrario, ella se adapta al tipo de tratado, a su contenido y alcance aunque en la práctica existe una estructura general aplicable a la mayoría de ellos: una **parte preambular**, una **parte dispositiva** y las **cláusulas finales o cláusulas técnico-jurídicas.** A ello agregamo los **Anexos** y otros textos adjuntos, como Protocolos que forman parte del mismo tratado.

---

78 CIJ. Rec. 1994, p. 120.
79 CIJ. Rec. 1962, pp. 331-332.

i. El Preámbulo

El **Preámbulo** es según el *Dictionnaire du Droit International*:

> "La parte inicial de un tratado que precede la parte dispositiva y que contiene la enumeración de los Estados contratantes en nombre de los cuales actúan los plenipotenciarios o de los Gobiernos que toman parte en su conclusión, la exposición de motivos que han determinado la conclusión del tratado, la indicación del objeto o del fin del mismo, eventualmente algunas disposiciones complementarias, la indicación de los plenipotenciarios que lo redactan y firman, o algunas de esos enunciados"80.

El Preámbulo resulta de particular relevancia en relación con la interpretación del Tratado. Aunque no contiene reglas de fondo, sus párrafos van a ser muy útiles para determinar el sentido de sus términos. En el caso de la*Sentencia arbitral del 31 de julio de 1988,* el Juez Weeramantry señaló que:

> "El Preámbulo del tratado constituye una fuente de referencia intrínseca. De esta fuente principal y natural, podemos sacar indicaciones en cuanto al objeto y al fin del tratado, incluso si el preámbulo no contiene disposiciones de fondo"81.

En todo caso, si bien el Preámbulo no tuviere fuerza obligatoria, por tratarse de declaraciones generales, esta parte del Tratado es sumamente importante en el ejercicio de **interpretación** del texto, como dijimos antes. En el Caso de los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, la CIJ señaló que para interpretar el Acta de Algeciras de 1906, había que tener en cuenta sus fines, enunciados en el Preámbulo82. En el Caso del Sudoeste africano la CIJ señaló que

> "el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas constituía la base moral y política de las disposiciones jurídicas enunciadas en ella..."83.

El Preámbulo contiene una **exposición de motivos**, en forma de declaraciones generales relativas al objeto y al fin del tratado que debe en todos los casos ser examinado conjuntamente con el texto.

---

80 Dictionnaire de la terminologie du droit international. p. 465. Paris. Sirey. 1960.
81 CIJ. Rec. 1991. p. 142.
82 CIJ. Rec. 1952.
83 CIJ. Rec. 1962, pp. 330-331

Los Preámbulos no son todos de igual interés a los efectos de la relación convencional que se establece entre las partes en el mismo. El Preámbulo de los tratados bilaterales es generalmente corto y no contribuye mucho con la interpretación del tratado.84 Pero algunas veces, su interpretación y su consideración son fundamentales, como resultó ser el Preámbulo del tratado del 16 de setiembre de 1977 suscrito entre Hungría y Checoslovaquia, que examinó detenidamente la CIJ en el caso relativo al *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*. La Corte, en ese Caso, en su Decisión del 25 de septiembre de 1997, examina largamente la parte preambular del tratado citado en el que se dice que la represa tenía por objetivo "valorar, de manera general, los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del Danubio a fin de desarrollar los sectores hidráulicos, de la energía, del transporte y de la agricultura y de otro sectores de la economía nacional de las partes contratantes."85

Los tratados multilaterales, especialmente los constitutivos de organizaciones internacionales y los de codificación general, tienen partes preambulares detalladas, para fundamentar el texto en su conjunto. Esta parte responde siempre a las diversas posiciones de los Estados, recogiendo muchas veces, incluso, referencias que no pudieron ser incluidas en el tratado en su parte dispositiva.

En el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional observamos un Preámbulo rico en referencias y en precisiones fundamentales a la interpretación y al sentido de este texto. En primer lugar, podemos observar que en esta parte del Estatuto se recogen principios y postulados fundamentales al tema de la responsabilidad penal individual internacional y a la erradicación de la impunidad. En el párrafo 5 del Preámbulo se señala que los Estados Partes están: "decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes". Se recuerda además en el Preámbulo que: "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

---

84 SUY, Erick. *Le préambule.* Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui. p. 255. Kluwer Law International. Dordrecht. Paises Bajos. 1999.

85 CIJ. Rec. 1997, párr. 15. Ver también Decisión de la CIJ en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares.* Rec. CIJ. 1984, p. 428).

En el Preámbulo del Estatuto se inserta un párrafo fundamental, tan importante que hubiera podido estar ubicado en la parte dispositiva, que señala que "la Corte (…) será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales", lo cual se reitera en el texto en varias oportunidades pues esa es la naturaleza de la Corte, sobre lo cual hubo un debate amplio e importante antes y durante la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma.

ii. La parte dispositiva del tratado

La **parte dispositiva** del tratado varía en función de su contenido y de sus objetivos. Se observan diferencias importantes en la práctica, cuando se está ante un acuerdo bilateral o un tratado multilateral, incluidos los constitutivos de organizaciones internacionales. Así, por ejemplo, en este último caso, la parte dispositiva debe contener Capítulos relacionados con los órganos, la forma de adopción de sus resoluciones, la admisión de Miembros, las cuestiones financieras y de personal. El caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional es muy particular, pues se trata de un texto constitutivo de una Organización Internacional, a la vez que es el instrumento fundamental de un órgano jurisdiccional penal internacional . Se puede decir que el Estatuto de Roma constituye, además, un Código Penal Internacional, al mismo tiempo que un Código de Procedimiento Penal.

En el primer contexto, el Estatuto incluye partes específicas relacionados con sus órganos (no jurisdiccionales), como la Asamblea de Estados Partes, la elección de los jueces, las cuestiones de personal y de financiamiento, etc. Mientras que en el segundo contexto, el Estatuto tiene reglas específicas sobre la competencia en todos sus aspectos (personal, temporal, espacial y material), los principios de derecho penal, el proceso, la ejecución de las penas, la cooperación internacional, etc.

La última parte del tratado recoge generalmente una serie de **normas técnico-jurídicas** relacionadas con la entrada en vigor, la revisión, la duración, la denuncia, la posibilidad de reservas y el mecanismo de solución de controversias. En los Acuerdos bilaterales, entre ellos los de Protección de Inversiones, se incluyen por lo general disposiciones relacionadas con la solución de controversias (Entre

Estados e inversionistas y entre Estados); la entrada en vigor, duración y terminación. En algunos casos se incluyen disposiciones sobre modificaciones al texto.

g. Clasificación de los tratados

Los tratados, independientemente de su denominación, pueden ser clasificados de diversa manera.

Desde el punto de vista **formal,** podemos clasificar los tratados en**bilaterales, multilaterales** o **plurilaterales.** También, en **restringidos**, abiertos a un número determinado de Estados (Acuerdos de integración); y, tratados **generales o universales**, abiertos a la participación detodos, como los denominados legislativos, adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, que tienden a la universalidad.

Por las **formalidades** para su aprobación: tenemos los **tratados concluídos en forma solemne**, cuyo perfeccionamiento exige la ratificación por el Parlamento, la intervención del Jefe del Estado en esa fase y el intercambio de instrumentos o el depósito; y, **tratados en forma simplificada** que obligan desde el momento de su firma, lo que examinaremos luego.

- **Los tratados desde el punto de vista formal: Tratados bilaterales, multilaterales o plurilaterales**

Los tratados, como dijimos, pueden ser **bilaterales, multilaterales** o **plurilaterales.** La base de la distinción entre los dos primeros es sencilla. El tratado **bilateral** es el concluido entre dos sujetos de Derecho Internacional, mientras que el tratado **multilateral** es concluido por más de dos sujetos de Derecho Internacional, generalmente abierto a la participación de todos los Estados. Un ejemplo de éstos, los distitnos instrumentos concluidos bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en el marco de labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Un tratado puede ser también **plurilateral**, una categoría mencionada por primera vez por el Relator Especial para el derecho de los tratados, Sir Fitzmaurice, quien los considera más próximos a los

tratados bilaterales. El tratado plurilateral podría definirse como un tratado con un número reducido de mas de dos partes, es decir, no abierto como el tratado multilateral. Podriamos decir que se trata de un tratado multilateral *sui generis* o limitado.

En el ámbito de la OMC se consideran tratados plurilaterales los concluidos por grupos de Estados, como, por ejemplo, los Acuerdos Comerciales plurilaterales sobre comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y de carne bovino, abierto a la aceptación, mediante firma o formalidad de otra clase, de los gobiernos que sean partes contratantes del Acuerdo General, y de la Comunidad Económica Europea y de otros Estados en condiciones muy específicas

Las reservas formuladas a un tratado plurilateral, como veremos más adelante, requiere de la aprobación de todos los Estados partes en el mismo, tal como se prescribe en el artículo 9.2 del tratado plurilateral sobre comercio de aeronaves antes señalado, en el contexto de la OMC.

El derecho de los tratados se desarrolla en principio alrededor del **tratado bilateral,** aunque la **técnica multilateral** es cada vez más importante en las relaciones internacionales. Su surgimiento no ha modificado en nada las reglas fundamentales relacionadas con los aspectos principales aplicables a los tratados, como los relativos al consentimiento o a su respeto, pero ha permitido el desarrollo de algunas instituciones convencionales como el **régimen de reservas y de declaraciones interpretativas**, que no opera en el ámbito de los tratados bilaterales.

Desde luego, en la práctica, la adopción de un texto bilateral resulta más sencillo que la adopción de un texto multilateral en el que las posiciones de las partes deben conciliarse para lograr un texto final. En la negociación bilateral, el acuerdo resulta más fácil que en el marco de una órgano o esquema multilateral en el que se adopta un acuerdo internacional.

El régimen aplicable a los **tratados multilaterales** en lo que respecta a su aplicación es distinto al de los tratados bilaterales, según el artículo 9 de la Convención de 1969. También difiere, como veremos, el régimen aplicable a la entrada en vigor, las enmiendas y su aplicación, en particular en lo que concierne a las ya mencionadas reservas y las

declaraciones interpretativas. En resumen, si bien las reglas básicas son aplicables a todaslas categorías de tratados, sus espeicificidades permiten la aplicación de algunas particulares.

Dentro de los **tratados multilaterales** deben distinguirse los Tratados **constitutivos de organizaciones internacionales** a los cuales se aplica la CVDT86, según lo establece su artículo 5, igualmente recogido en el artículo 5 de la CVDT69. El tratado constitutivo de una organización internacional es identificable por su objeto. Es comparable a cualquier otro tratado en la fase de su conclusión, pero la situación cambia cuando el mismo entra en vigor. Los tratados ordinarios son aplicados por los Estados partes que actúan por intermedio de sus órganos ejecutivos, legislativos y judiciales. El tratado constitutivo de una organización internacional es aplicado por los Estados partes como miembros de la organización, al mismo tiempo que por los órganos de la organización misma86.

- **Los tratados desde el punto de vista material**

Desde el punto de vista **material** podemos distinguir **el tratado-ley** del **tratado-contrato**, una de las clasificaciones más clásicas de los tratados, aunque también una de las más controvertidas, pues no existen reglas específicas para el funcionamiento de cada categoría. Esta clasificación, estudiada por la doctrina desde siempre, no parece tener efectos prácticos, aunque se le haya tratado de aplicar en los casos de sucesión de Estados cuando algunos han considerado que el Estado sucesor sólo estaría vinculado por tratados-ley y no por todos los tratados-contratos, aspecto éste que no ha sido confirmado por la práctica. Es decir, no se ha podido concluir que respecto de estos tratados, por su carácter legislativo, se produce una sucesión automática.

Por **su contenido**, en el contexto material, observamos tratados de delimitación, de paz, de intercambio científico, cultural, asistencia mutua, entre muchos otros. En razón de sus fines y objetivos, los tratados también se diferencian en tratados de cooperación (económica, científica, cultural, educativa, militar…) y tratados de integración.

86 VIRALLY, M. cit. JACQUE, J-P. op.cit, pp. 448-449.

Observamos también los **Tratados o Acuerdos marco** que permiten la conclusión de Tratados o Acuerdos específicos que desarrollan el primero. Su efecto, en este caso, es importante pues los segundos, por lo general, de acuerdo con las normas internas de los Estados, el Derecho Constitucional en particular, no requieren de una nueva aprobación legislativa. Es frecuente que los Estados concluyan Acuerdos Complementarios de un texto anterior, sin que sea necesario someterlo a los procedimientos constitucionales establecidos en su Derecho Interno.

Es importante resaltar que la clasificación de los tratados, si bien responde más a una inquietud doctrinal o teórica del estudio de las relaciones jurídicas internacionales, no deja de tener relevancia y utilidad en cuanto a la negociación, a su estructura, incluso a su funcionamiento, aunque, debemos subrayar, que las reglas aplicables son las mismas, es decir, las comunes del Derecho Internacional de los tratados. Esta categorizacion surte sus efectos en determidos espacios. Así, por ejemplo, los **tratados normativos,** no se suspenden ni terminan en el caso del estallido de un conflicto armado, como lo recoge el artículo 5 del Proyecto de Artículos en elaboración por la CDI sobre los "Efectos de los conflictos armados en los tratados"87.

h. Conclusión de los tratados

La conclusión de los tratados es un proceso con varias etapas que va desde el inicio de la **negociación** hasta la **entrada en vigor**. Este proceso está regido por el Derecho Internacional, aunque no exclusivamente, pues el Derecho Interno, como dijimos antes, es también aplicable en relación con algunos de sus aspectos, como por ejemplo, los relativos a la capacidad de las personas para comprometer al Estado (otorgamiento de plenos poderes de ser el caso) y el procedimiento para la ratificación, cuestiones que están reguladas, generalmente, por el Derecho Constitucional de cada Estado.

En relación con este proceso examinaremos distintas cuestiones. En primer lugar, la **capacidad del Estado** y de la **Organización**

87 Informe de la CDI a la Asamblea General, 63 período de sesiones, 2008, Doc. A/60/10, pp. 91 y ss.

Internacional para concluir tratados; en segundo lugar, las **personas con capacidad para comprometer al Estado** y a la **Organización Internacional** en el plano internacional, lo que abarca la cuestión de los plenos poderes; en tercer lugar veremos la **negociación** vista como proceso y en relación con sus aspectos jurídicos; luego, la **expresión del consentimiento para vincularse** por un tratado que sería la fase final dentro de la conclusión de los tratados y finalmente, la **entrada en vigor,** para examinar después los **efectos jurídicos de los tratados,** en relación con las partes, con terceros y en relación con otros sujetos de Derecho Internacional.

i. La capacidad del Estado

Los tratados sólo pueden ser concluidos por sujetos de Derecho Internacional, como el Estado y la Organización Internacional, hasta ahora, como hemos visto, los únicos claramente definidos como tales. La conclusión de un tratado por una entidad distinta a un sujeto de Derecho Internacional plantea, no su validez sino su inexistencia como tratado. Es cierto, sin embargo, como dijimos antes, que un acto jurídico concluido por otras entidades distintas al Estado y a la Organización Internacional puede tener efectos jurídicos en el ámbito internacional, aunque no sea un tratado en el sentido del régimen contenido en las Convenciones de Viena y por lo tanto no se les apliquen tales disposiciones. Un Estado puede concluir, en efecto, un acuerdo con una entidad privada, caso en el cual estaríamos ante contratos internacionales que tienen un régimen distinto, fundamentalmente de Derecho Interno.

La **capacidad del Estado** para concluir tratados queda establecida en el artículo 6 de la CVDT69 que establece que: "Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados".

En este contexto, se plantea en Derecho Internacional la cuestión de la conclusión de tratados por Estados o entidades descentralizadas de un Estado. La CVDT69 no resuelve esta cuestión, aunque la CDI había planteado en su proyecto la posibilidad de que tales entidades descentralizadas pudieran concluir tratados, capacidad que estaría definida en sus legislaciones internas, particularmente de orden constitucional. El artículo 5-2 del proyecto de la CDI disponía, en efecto,

que los Estados Miembros de una Unión Federal podían tener la capacidad de concluir tratados, sí esta capacidad era admitida por la Constitución federal y en los límites indicados en dicha Constitución; pero ello fue rechazado en la Conferencia de Viena "para evitar entrar en el tema de los asuntos internos del Estado"88.

En la practica, sin embargo, algunos Estados mantienen cierta **autonomía contractual** de algunas de sus entidades como sería el caso de Canadá, en el que Québec actúa en el plano internacional y en alguna medida se hace representar incluso con la celebración de arreglos internacionales que independientemente de sí son o no tratados en el sentido que nos interesa, entran dentro de la esfera de la responsabilidad de Canadá, en caso de que no sean observados.

Se observa también que algunas entidades descentralizadas no autorizadas expresamente para concluir acuerdos internacionales, celebran con otros Estados acuerdos internacionales, especialmente de cooperación, limitados desde luego a su jurisdicción, que en todos los casos comprometen al Estado del que forma parte dicha entidad.

Cada vez resulta más frecuente la inclusión en tratados internacionales de la denominada "cláusula federal", cuando se pretende excepcionar la aplicación de determinadas cuestiones en la entidad estatal como un todo; o bien, cuando el Estado pretende exonerarse de los efectos que conllevaría la inejecución de un tratado por alguna de sus entidades competentes. En ese caso, la inclusión de una cláusula federal en el tratado puede conllevar la aplicación matizada de diversos aspectos, atendiendo a las peculiaridades del Estado que pretende la inclusión de la citada cláusula (por ejemplo, cuando se trata de Estados denominados de "estructura compleja", federal o asimilada).

Por ejemplo, el Art. 41 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 expone la posibilidad de que algún Estado plantee una cláusula federal con el siguiente tenor:

"Artículo 41. Cláusula federal.

88 BASTID, S., *Les Traités dans la vie international*. p. 83, Economica, Paris, 1985.

1. Los Estados federales podrán reservarse el derecho a asumir las obligaciones derivadas del capítulo II del presente Convenio de forma compatible con los principios fundamentales por los que se rija la relación entre su gobierno central y los estados que lo formen u otras entidades territoriales análogas, siempre que siga estando en condiciones de cooperar de conformidad con el capítulo III.

2. Cuando formule una reserva en aplicación del apartado 1, un Estado federal no podrá aplicar los términos de dicha reserva para excluir o reducir sustancialmente sus obligaciones en relación con las medidas contempladas en el capítulo II. En todo caso, deberá dotarse de una capacidad amplia y efectiva que permita la aplicación de las medidas previstas en dicho capítulo.

3. Por lo que respecta a las disposiciones del presente Convenio cuya aplicaciónseacompetenciadelosestadosfederadoso de otras entidades territoriales análogas que no estén obligados por el sistema constitucional de la federación a la adopción de medidas legislativas, el gobierno federal informará de esas disposiciones a las autoridades competentes
dedichosestados,juntoconsuopiniónfavorable,alentándolesaadoptar las medidas adecuadas para su aplicación".

ii. Personas autorizadas y capacitadas para actuar en nombre del Estado y comprometerle en el ámbito internacional

Además de la capacidad del sujeto de Derecho Internacional, la persona que actúa en nombre del Estado debe tener capacidad para ello y para comprometerle en el plano internacional. Sólo determinadas personas pueden comprometer al Estado en sus relaciones internacionales. La CVDT69 prevé dos categorías: En primer lugar, **las personas que pueden hacerlo, sin necesidad de plenos poderes** y, luego, las personas a las cuales se les otorga **plenos poderes** para que puedan actuar y comprometer al Estado. Una premisa general se impone: la determinación de la autoridad competente para negociar se deriva del Derecho Constitucional de cada Estado y es esa autoridad que está investida por la Constitución la que tiene el poder de designar los Plenipotenciarios y de otorgar los plenos poderes89.

89 DAILLER , FORTEAU y PELLET, *Droit International Public*, pár. 68 y ss. pp. 139 y ss.

- **Personas que pueden actuar y comprometer al Estado sin necesidad de plenos poderes**

El artículo 7 de la CVDT69 estipula que una persona es considerada como representante de un Estado para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado:

> "1. a. Si presenta los adecuados **plenos poderes**; o
>
> b.Si se deduce de la **práctica** seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de poderes". (negrillas nuestras)

La regla principal es que algunos altos funcionarios del Estado pueden representarle y comprometerle en el plano internacional, por las **funciones mismas que realiza dentro del Estado**. El artículo 7-2 de la CVDT69 señala a este respecto que:

> "2. En virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representa a su Estado:
>
> a. los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
>
> b. los Jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
>
> c. Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano".

No hay dudas de que el **Jefe de Estado** es la persona que representa normal y completamente al Estado en sus relaciones internacionales. También, el **Ministro de Relaciones Exteriores** se entiende que tiene capacidad para actuar a nombre del Estado que representa, como lo precisó la CPJI en el Caso de *Groenlandia Oriental,* entre Dinamarca y Noruega. Por su misma función y representatividad, el Ministro de Relaciones Exteriores, Canciller en Venezuela y en Nicaragua, puede actuar en nombre del Estado y comprometerle sin

necesidad de plenos poderes. La Corte de La Haya, en el Caso de los *Ensayos Nucleares*, que opuso a Francia de Australia, Nueva Zelanda y Fiji, señala que el Presidente de las República francesa, el Ministros de Relaciones Exteriores e incluso, el Ministro de la Defensa, por cuanto había declarado en el ambito sus competencias, podían actuar en nombre del Estado y comprometerle en el plano internacional.

En relación con el Estado de acreditación, el **Jefe de Misión** del Estado de envío puede actuar a su nombre y comprometerle. Un Embajador ante un Gobierno extranjero está facultado desde su designación, para actuar en todo lo relacionado con ese Estado, en nombre del suyo. Su carácter de enviado plenipotenciario confirma esta capacidad.

Se considerará también que por sus funciones, sin presentar plenos poderes, algunas personas pueden representar y actuar en nombre del Estado en el contexto de las relaciones del Estado con las Organizaciones y órganos internacionales y en el marco de Conferencias Internacionales. Se trata del Representante Permanente o del Jefe de la delegación, según el caso, quienes en efecto pueden, como se puede ver en la práctica, actuar y comprometer al Estado en relación con esa organización, ese órgano o esa Conferencia sin que sea necesario el otorgamiento de plenos poderes. Debe entenderse que tales "poderes" estarían incluidos en la Nota oficial de acreditación ante la Organización o el órgano de que se trate.

Esta facultad debe ampliarse a personas que de acuerdo con la práctica, los Estados interesados les consideran con capacidad para actuar y comprometer al Estado. Es el caso, por ejemplo, de los Ministros técnicos o de areas específicas que negocian y concluyen acuerdos, por lo general no sujetos a ratificación, por ser en la mayoría de los casos complementarios. Me refiero, entre otros, a Ministros de Comercio, de Salud, de Transporte de Estados vecinos limítrofes.

- **Personas provistas de Plenos Poderes para actuar y compormter al Estado**

Por otra parte, pueden comprometer al Estado otras personas que no siendo autorizadas directamente como las anteriores, son provistas de **plenos poderes,** un instrumento que da un mandato escrito,

expreso, explícito, que confiere cualidad al representante del Estado para negociar o expresar el consentimiento en su nombre. El otorgamiento de plenos poderes debe integrarse a la fase interna de elaboración de un tratado internacional. El Estado establece sus propias reglas y políticas para otorgar plenos poderes a determinadas personas que lo representen en una negociación internacional o para que expresen el consentimiento del Estado de obligarse por un tratado.

En el artículo 2-1-c de la Convención de 1969 se definen los plenos poderes como:

> "un documento que emana de la autoridad competente del Estado y por el que se designa a una persona para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado o para ejecutar cualquier acto con respecto a un tratado".

Ahora bien, si un acto es formulado por una **persona no autorizada** para ello, es decir, una persona que no tendría tal capacidad en funcion del cargo o por tener plenos poderes, el Estado en cuestión puede confirmarlo, según lo precisa el artículo 8 de la CVDT69 sin determinar la forma en que lo haga, es decir, que no se requiere una confirmación ulterior expresa o formal, tal como lo señala el articulo 8 de laCVDT69 que dice textualmente:

> "Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al articulo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado."

Igual disposición es recogida en el artículo 8 de la CVDT86, que dice textualmente que:

> "Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no puede considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado **o a una organización internacional**, surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado o esa organización" (subrayado nuestro).

iii. Capacidad de la Organización Internacional

La **Organización Internacional** está capacitada para concluir tratados, es decir, tiene **personalidad jurídica internacional**; también está dotada de **capacidad jurídica,** que le permite actuar como persona jurídica en sus relaciones externas, no necesariamente internacionales, y en el plano interno del Estado ante el cual está acreditada o ejerce funciones.

Según el artículo 6 de la CVDT86 :

> "la capacidad de la organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas de esa organización."

En los textos constitutivos de las organizaciones internacionales se incluye, por lo general, una disposición acerca de la **personalidad jurídica internacional,** es decir, la facultad de concluir acuerdos internacionales, como es el caso de la OIT en cuya Constitución se señala que la "Organización (...) podrá celebrar con las Naciones Unidas los acuerdos financieros y presupuestarios que considere apropiados. Es el caso también del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), en cuyo texto constitutivo (art.10-1) se expresa que el Fondo "tendrá personalidad jurídica internacional."

También se incluye por lo general en los textos constitutivos de las organizaciones internacionales una cláusula en la que se reconoce la **capacidad jurídica** de la Organización. En el artículo 39 de la Constitución de la OIT se dice que "la Organización Internacional del Trabajo gozará de completa personalidad jurídica y especialmente de capacidad para: (a) contratar; (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos; (c) comparecer en juicio. "

Igualmente, en el Estatuto de Roma de 1998, por el que se crea la Corte Penal Internacional, se señala que "la Corte tendrá **personalidad jurídica internacional.** Tendrá también la **capacidad jurídica** que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos." (Art. 4-1). (negrillas nuestras)

i. Personas autorizadas para actuar y comprometer a la Organización Internacional

Al igual que en la Convención de 1969, la persona que puede actuar y comprometer a la Organización debe estar provista de **plenos**

poderes, a menos que se deduzca de las circunstancias que la **intención del Estado y de la organización internacional** de que se trate, ha sido considerar a esa persona, representante de la organización para esos efectos, de conformidad con las reglas de la Organización. (Art.7 de la CVDT, 1986).

En la Convención de 1986 se prevé también la **confirmación ulterior** de un acto realizado por una persona no autorizada a concluir tratados en nombre de la Organización. El artículo 8 dice textualmente que:

> "Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no puede considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado o a una organización internacional, surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado o esa organización".

i. La negociación

La negociación es un ejercicio político propio del proceso de elaboración de un tratado internacional que surte por sí misma, determinados efectos jurídicos. Desde luego, en la práctica si bien las reglas resultan similares, se plantean ciertas diferencias de procedimiento entre las negociaciones bilaterales y las negociaciones multilaterales, aunque los efectos puedan ser similares.

i. La negociación como ejercicio político: la negociación bilateral y la negociación en el contexto multilateral

La negociación, cualquiera que sea el ámbito en el que se desarrolla —bilateral o multilateral— es un proceso que abarca varias fases: una **fase preparatoria** y una **fase dentro de la reunión o conferencia en la que se adopta el texto.** En algunos pocos casos, como veremos, se acuerdan **fases ulteriores**a la adopción del texto para facilitar su entrada en vigor y la entrada en funcionamiento del órgano u organización internacional de que se trate, como es el caso de la Corte Penal Internacional, en relación con la cual se creó, luego de la adopción de su Estatuto, en 1998, una Comisión Preparatoria a tales efectos.Aunque no se trata de negociaciones sobre el fondo, estos

trabajos facilitan la mejor redacción del texto y la uniformidad de las versiones en los distintos idiomas.

Las negociaciones varían si se trata de la elaboración de un tratado bilateral o multilateral. En el caso del **tratado bilateral**, la negociación se inicia a solicitud de una de las partes interesadas, la que presenta un proyecto que, en muchos casos, en función del objeto del texto, se discute previamente a nivel técnico. La **negociación multilateral**, por su parte, es más compleja, variando su grado de complejidad en función del número de partes y de grupos participantes. En ambos casos, aunque los resultados puedan ser diferentes, se trata de incorporar la **posición nacional** que coincide con los **intereses nacionales** del Estado y la **conformidad del texto en negociación con el ordenamiento jurídico interno.**

Los Gobiernos deben concertar antes del inicio de la negociación, las posiciones nacionales. De allí la necesidad de constituir en todos los casos, Grupos de Trabajo interinstitucionales para examinar el texto en negociación, lo que en el caso de Venezuela ha sido una práctica bien establecida, al menos hasta finales de los 90. Por lo general, el Ministerio de Relaciones Exteriores convoca a los diversos entes del Estado para que opinen sobre el texto en negociación y participen en la adopción de la posición del país en una negociación internacional. Esto debe formar parte de la política exterior jurídica del Estado, una estrategia que debe distinguirse de las políticas de gobiernos que resultan coyunturales, aunque no por ello menos importantes.

Las **negociaciones multilaterales** permiten la inclusión de algunas posturas, de algunos criterios, de fórmulas precisas de interés nacional, pero difícilmente de todas. Las delegaciones nacionales deben con tal fin, en las reuniones en las que se desarrollan estas negociaciones, iniciar sus contactos con los países que coinciden, en principio, con sus posturas; luego, con los demás países, incluso, por supuesto, con los que sostienen criterios distintos y hasta contrarios. En el caso de la creación de la Corte Penal Internacional, Venezuela mantuvo una presencia y una actuación importante en el Grupo regional (GRULAC), en Grupos informales encargados de examinar diferentes aspectos del Estatuto, pero sobre todo, dentro del Grupo de países de pensamiento afín o simplemente afines *(like minded*) que

agrupaba un centenar de países de todas las regiones cuyo objetivo principal era lograr un texto aceptable para todos y la adopción a tiempo del Estatuto.

Cuando se trata de cuestiones fundamentales, especialmente de carácter jurídico, la flexibilidad de las posturas es más complicada. En el caso de la adopción de la Constitución del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), por ejemplo, se pretendía incluir en el mecanismo de solución de controversia, el arbitraje obligatorio, a lo que Venezuela se opuso con fundamento ya que ello era incompatible con disposiciones jurídicas internas, en concreto, con la Constitución de la República; y, con las posturas políticas tradicionales al respecto. Ante la imposibilidad de que Venezuela suscribiera el Acuerdo Constitutivo y dada la importancia de su participación, se permitió la inclusión de una claúsula que permite establecer una reserva a dicha acpetación del arbitraje obligatorio, lo que facilitó la firma y posterior ratificación de Venezuela, de dicho texto.

ii. **Aspectos jurídicos de la negociación. La conclusión de la negociación: la adopción y la autenticación del texto**

La negociación debe importar no solamente como parte de un proceso político, como una fase en la elaboración de un instrumentojurídico internacional, sino por sus implicaciones jurídicas, es decir, sus efectos jurídicos que se concretan, fundamentalmente, con la conclusión de la negociación: **adopción y autenticación del texto**.

Las negociaciones culminan cuando las partes llegan a un acuerdo sobre un determinado texto, es decir, cuando **adoptan** el texto del tratado. La adopción significa acuerdo sobre el texto pero no es la expresión definitiva del consentimiento de las partes.

La adopción del texto varía si se trata de un acuerdo bilateral, multilateral o plurilateral, es decir, estos últimos, multilaterales restringidos, tal como lo recoge la CVDT69 en su artículo 9, que establece que:

> "la adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimientode todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2".

Y, el párrafo 2 dispone que:

> "la adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente".

El artículo transcrito recoge los dos principios aplicables:

1) El principio de que el texto del tratado sólo puede ser adoptado por unanimidad, es decir, en base al acuerdo de todos los Estados participantes. (párrafo 1); y
2) La regla generalmente incluida en los Reglamentos de las Conferencias o reuniones en las que se adopta un texto, haciendo la salvedad de que la misma puede ser derogada por los mismos Estados que negocian (párrafo 2).

En la práctica, en las reuniones internacionales se busca la mayor participación en la adopción del texto por lo cual las partes deben ceder en algunas posturas, aunque en algunos casos ellas, como dijimos antes, sean fundamentales para el Estado.

Hay que distinguir en esta fase de **adopción**, que se deriva de la **conclusión o término de la negociación,** es decir, el momento en que las partes convienen en que ese texto es el del acuerdo que se habría de suscribir; de la fase de **autenticación,** que es cuando las partes declaran formalmente que el texto redactado corresponde a la intención de los negociadores y que consideran definitivo. En suma "la autenticación (…) es la prueba formal de la adopción de un texto"90.

En principio, un **texto autenticado** es el definitivo y por lo tanto, no podría ser objeto de modificaciones. En el contexto bilateral una propuesta de modificación posterior a la autenticación significaría reabrir la negociación. En una negociación multilateral la cuestión es mucho más compleja pues la modificación del texto, después de su autenticación, no es posible a menos que todas las partes así lo convengan, lo que en la práctica es poco probable aunque, desde luego, no imposible. Esta situación abre la posibilidad de que un Estado

90 BARBOZA, Julio, op. cit, p.122.

interesado en ser parte del Tratado de que se trate formule reservas o declaraciones interpretativas, instituciones que veremos más adelante.

j. La expresión del consentimiento

La CVDT69 (Art.11) establece, en igualdad de condiciones, sin ninguna jerarquización, las formas de expresión del consentimiento:

> "el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituya un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido".

La **regla general** es que el tratado vincula al Estado a partir del momento de la ratificación**,** es decir, del momento en que el Estado expresa su consentimiento para vincularse por ese tratado aunque, como veremos, el Estado puede también obligarse a partir del momento de la firma, lo que nos coloca ante acuerdos adoptados mediante un procedimiento más corto, desprovisto de la solemnidad que usualmente caracteriza al tratado, y a los cuales se les denominan "acuerdos en forma simplificada" (Ver. Punto ii, infra).

i. La firma

La firma es un acto unilateral de naturaleza convencional con una doble función en el ámbito del derecho de los tratados: **autenticación del texto** y **forma de expresión del consentimiento**91.

La firma, el procedimiento más corriente para autenticar el texto de un tratado, refleja como dijimos antes, el **acuerdo de las partes sobre el texto negociado.** En principio, como dijimos, la firma no constituye la expresión definitiva del consentimiento, aunque puede serlo cuando se trata, como también lo señaláramos, de una categoría específica de acuerdos: los acuerdos en forma simplificada. En algunos casos, la sola firma del texto es suficiente para obligar a los Estados participantes. Ello sucede cuando en el tratado mismo se ha estipulado expresamente que la firma tendrá ese efecto o cuando, como se agrega en el artículo 12,

91 Diccionario de Derecho Internacional. Cit. 2ª edición, Ed. El Nacional 2011.

parágrafo 1, de la Convención de 1969, conste de otro modoque "los negociadores han convenido ese efecto para la firma…".

La firma tiene **consecuencias jurídicas para los Estados signatarios**, aunque los Estados no estén comprometidos respecto al fondo del mismo. La firma de un tratado tiene –en efecto– un alcance que va más allá de la sola autenticación o de la sola firma del Presidente de la Conferencia o del órgano de la organización internacional que lo ha adoptado92.

De la firma del texto se derivan **obligaciones** y **derechos.**

La **primera obligación** que se deriva del la firma del tratado es que el Estado signatario debe adoptar un determinado comportamiento respecto del mismo, aunque no esté obligado a cumplir las cuestiones de fondo, como queda reflejado en el artículo 18, párrafo a), de la Convención de Viena, que establece que:

> "el Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado:a)si ha firmado (…) mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado."

Una segunda obligación emana del citado artículo 18, una obligación, en este caso, de comportamiento, toda vez que el Estado debe considerar de buena fe el texto del tratado para definir su posición definitiva sobre el mismo.La situación que se plantea en relación con el artículo 18, difiere de la que se presenta en la aplicación del artículo 45, relativo a la **aplicación provisional del tratado**, tema que veremos más adelante.

El Estado signatario —facultado para llegar a ser Parte en el Tratado—tiene, por otra parte, **derechos derivados de la firma de un tratado**. El Estado tiene el derecho de recibir del depositario, aunque no sea parte en el mismo, las comunicaciones que correspondan a los Estados Partes, lo que está regulado en el artículo 77 de la CVDT69 que dice textualmente en su apartado e) que las funciones del depositario comprenden en particular las siguientes: "informar a las partes en el tratado y **a los Estados facultados para llegar a serlo**, de los actos,

92 DAILLER y PELLET, *Droit International Public,* p. 152, pár. 76.

notificaciones y comunicaciones relativos al tratado". (negrillas nuestras)

El Estado signatario tiene, además, la facultad de formular objeciones a las reservas planteadas por otros Estados, como lo señaló la Corte de La Haya en el Caso de las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*. En su Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, la CIJ señala, sin embargo, que: "una objeción a una reserva hecha por un Estado que tiene derecho a firmar la Convención o adherirse a ella, pero que aún no lo ha hecho, **no produce ningún efecto jurídico**"93 (negrillas nuestras).

Por otra parte, un texto puede ser rubricado o suscrito *ad referéndum*, lo que es normal en la práctica de los Estados, lo que prevé la CVDT69. Este texto, cuando se aprueba bajo una de estas formas de negociación, deberá ser confirmado ulteriormente. A veces los Gobiernos dan una responsabilidad a los negociadores pero por la naturaleza y la importancia del acuerdo, prefieren que el mismo sea objeto de un examen ulterior para su confirmación. Es, más que todo, una cuestión política que garantiza al Estado evitar posturas precipitadas en la adopción de un texto.

ii. Los acuerdos en forma simplificada

El artículo 11 de las Convenciones de Viena, antes citado, establece que el consentimiento del Estado puede manifestarse mediante la firma sin que sea necesario algún acto ulterior. En efecto, como se admite hoy en la práctica, un Estado puede comprometerse al momento de la firma sin que sea necesaria la intervención del Parlamento Nacional ni la ratificación, por parte del Ejecutivo.

Este procedimiento, considerado corto y no formal, está previsto en la Constitución de Venezuela de 1999, tal como queda reflejado en el artículo 154 que establece la regla general de la ratificación y sus excepciones, que por tanto permiten la celebración de acuerdos dentro del marco de este mecanismo. No sólo se trata de la ejecución de obligaciones preexistentes, sino de textos que se puedan adoptar en

93 CIJ. Rec. 1978, p. 12; CIJ. Rec. 1978, p. 440 y CIJ. Rec.1978,p. 56.

ejercicio de las relaciones exteriores, lo que deja un margen amplio de acción al Ejecutivo en ese sentido.

Hoy en día se pueden observar numerosos acuerdos sobre cuestiones técnicas y administrativas que no son sometidos al proceso solemne de la ratificación. En todo caso, el valor jurídico es exactamente el mismo trátese de un acuerdo solemne, se decir, sujeto a ratificación; o, de un acuerdo en forma simplificada. Las obligaciones del Estado son exactamente las mismas en el sentido que se obligan, en un caso, después de ratificado y, en el otro, al momento de la firma.

iii. La ratificación

La ratificación tiene una significación histórica que sigue teniendo vigencia. El monarca, el príncipe, no podía negociar por sí mismo todos los tratados, por lo que confería plenos poderes a sus representantes, pero luego, para poder comprometerse definitivamente por ese tratado debía ratificarlo. Para Grocio, la ratificación del soberano se desprendía del mandato que éste daba a sus representantes y de la facultad que aquel se reservaba de aprobar o no lo hecho por ellos94. Es al pueblo, representado en los Parlamentos, al que corresponde ratificar un tratado, aunque sigue siendo el Jefe de Estado el responsable de las relaciones exteriores, quien debe dar el ejecútese, es decir, autorizar tal ratificación todo lo cual, vale precisar, es propio de cada sistema constitucional.

La ratificación es, al decir de Díez de Velasco, el acto por el cual la más alta autoridad del Estado, que tiene la competencia constitucional de concluir los tratados internacionales, confirma el tratado elaborado y suscrito por sus representantes plenipotenciarios, a la vez que consiente que el mismo es definitivo y obligatorio, comprometiéndose a partir de ese momento a ejecutarlo de buena fe. La fase de la manifestación del consentimiento del Estado transcurre (…) en el interior de cada Estado y es capital, por que sin la prestación del consentimiento por parte del sujeto internacional negociador, el Tratado no le obliga95.

---

94 BARBOZA, Julio. op.cit, p. 113.

95 DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. p. 142. Tecnos. Madrid. 1999.

La ratificación, como bien se señala en el Diccionario de Derecho Internacional, es "la forma de manifestación del consentimiento íntimamente unida por origen y significación a la práctica de los Estados, que consiste en un acto solemne, emanado de la más alta autoridad del Estado, por la que éste en un instrumento *ad hoc* expresa su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en todos sus términos96. Dicha figura se contempla en los arts. 2.1.b) y 14.1 de la CVDT69). Es un acto unilateral estatal vinculado directamente al derecho de los tratados. Su equivalente en la práctica de las Organizaciones Internacionales es la *confirmación formal* (Art. 2.1 b) *bis* de **la CVDT86)"97.**

En el caso de Venezuela, los tratados internacionales deben ser aprobados, en principio, por la Asamblea Nacional antes de que el Ejecutivo proceda a su ratificación. El artículo 154 de la Constitución de 1999, que se inspira en la Constitución Nacional de 1961, establece ese principio al señalar que: "Los tratados celebrados (…) deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente (…) de la República..."

Este principio tiene una excepción en esa misma disposición constitucional, antes referida: "…a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional".

En el caso de Nicaragua, el Presidente de la República tiene la facultad de "celebrar" tratados internacionales, según el artículo 150-8 de la Constitución de 1987 y la Asamblea Nacional, por su parte, tiene la facultad de "aprobar o desaprobar" los tratados internacionales, según lo establecido en el artículo 138-11 de ese mismo texto.

En el caso concreto de los tratados bilaterales, se procede al **intercambio de instrumentos de ratificación**. Es a partir de ese momento en que los Estados están definitivamente vinculados por el

96 A. REMIRO BROTÓNS, *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 367.

97 Diccionario de Derecho Internacional, 2ª. edición, Ed. El Nacional, Caracas, 2011.

tratado.98 Por lo general, de acuerdo con el examen de la práctica, la ratificación asume la forma de una Nota del Jefe de Estado al o los otros Estados interesados o ante el depositario, si se trata de un texto adoptado en el marco de una Conferencia internacional, lo que es aplicable, por extensión, a la aceptación, la aprobación y la adhesión.

Una de las cuestiones más debatidas en la Conferencia de Viena fue si la ratificación era necesaria en caso de silencio en el tratado. La doctrina más tradicional sostenía que la ratificación era necesaria, a menos que las partes hubiesen convenido otra cosa, como se había acordado en el artículo 5 de la Convención de La Habana de 1928 que dispone que "los tratados no son obligatorios sino después de ratificados por los Estados contratantes, aunque la cláusula no conste en los plenos poderes de los negociadores, ni figure en el mismo tratado". La jurisprudencia también recogía esta tesis clásica, como se aprecia en la Decisión de la CPJI en relación con el Caso sobre la *Competencia de la Comisión Internacional del Oder*, de 1929, en la que se señala que: "Las convenciones, salvo algunas excepciones especiales, no se tornan obligatorias sino en virtud de su ratificación"99.

La doctrina ha venido, sin embargo, invirtiendo la regla al señalar que los tratados entrarían en vigor mediante la firma, en caso de silencio al respecto100. La CDI en su primer proyecto de Convención estimaba que los tratados requerían ratificación, salvo las excepciones allí formuladas. Posteriormente, la Comisión, atendiendo los comentarios de los Gobiernos, consideró que era más conveniente reflejar en el proyecto las condiciones en que conforme al Derecho Internacional moderno los Estados se expresaban, mediante la ratificación, el consentimiento en obligarse por el tratado. De allí la redacción del artículo 14 de la CVDT69 que señala que:

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación.

98 BASTID, Suzanne. *Les traités dans la vie internationale*. p. 42. Económica. Paris. 1985.

99 CPJI. Serie A/B, Nº.36; p-20.

100 PODESTA COSTA y RUDA, pp. 35 y 36.*Derecho Internacional Público,* Tipográfica, Buenos Aires, 1985.

a. cuando un tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
b. cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
c. cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
d. cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

Al lado del término ratificación, tenemos otros términos que "son simplemente palabras diferentes que cubren una misma realidad jurídica internacional"101. La **aceptación**, la **aprobación** y la **accesión**. La aceptación y la accesión son términos que se utilizan principalmente en el contexto de los tratados multilaterales pero que en todos los casos significan la confirmación del acto, para que pueda surtir efectos jurídicos.

La situación en la esfera de las organizaciones internacionales es sutilmente diferente, aunque es solamente desde el punto de vista terminológico. El artículo 11 de la CVDT86, en efecto, no menciona la ratificación entre los modos de expresión del consentimiento, utilizando la expresión "acto de confirmación formal".

En efecto, el artículo 11-2 de la Convención de 1986 dice textualmente que:

> "El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado puede ser expresado por la firma, el intercambio deinstrumentos que constituyen un tratado, **un acto de confirmaciónformal**, la aceptación, la aprobación o la adhesión o por cualquier otro medio convenido". (negrillas nuestras)

iv. Los vicios del consentimiento y el régimen de nulidades

101 DAILLIER y PELLET. op. cit. Párrafo 77. p. 153.

Un tratado es considerado válido cuando es concluido por **sujetos con capacidad jurídica internacional**, su **objeto es lícito** y la **voluntad de comprometerse ha sido expresada libremente** de acuerdo con los procedimientos jurídicos establecidos para su adopción. La validez de un tratado puede estar sin embargo afectada por **vicios en el consentimiento** y por otras circunsancias que constituyen las **causales de nulidad.**

Los **vicios del consentimiento** tienen su origen, como se sabe, en el derecho contractual. Los civilistas señalan que estos se refieren "a los motivos que determinan, perturbándolo, el proceso psíquico de formación de voluntad"102. El consentimiento válido implica que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes están exentas de irregularidades, anormalidades o vicios que invaliden el consentimiento otorgado por ellas"103.

En Derecho Internacional, y así lo recogen las Convenciones de Viena, los vicios del consentimeinto son: el **error**, el **dolo**, **violencia**, la **corrupción del representante**,la **coacción sobre el representante del Estado o de la organización internacional o sobre el Estado**y **la amenza o el uso de la fuerza.**

- **El error**

El **error** es según el Diccionario de la Academia Real España "el concepto equivocado o el juicio falso" que se da uno de una cosa o de una situación. Es además, según el DRAE, un "vicio del consentimiento causado por equivocación de **buena fe**, que anula el acto jurídico si afecta a lo **esencial** de él o de su objeto." (negrillas nuestras)

En Derecho Internacional, el **error** debe ser conocido por el Estado en el momento de expresar su consentimiento y debe ser esencial. Se trata de una equivocación pero, como lo dice el DRAE, de una equivocación de **buena fe.**

---

102 MELICH ORSINI, José.*Doctrina General del Contrato.* 3ra. Edición, Caracas: Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 1997, p. 161.

103 E. MADURO LUYANDO y E. PITTIER SUCRE, *Curso de Obligaciones,* derecho Civil III; 11ª ed., 1999, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, p. 623.

De conformidad con el artículo 48 de la CVDT69 el error es constitutivo de un vicio del consentimiento si "se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado" y si ese error "constituyera una base esencial del consentimiento en obligarse por un tratado" (párrafo 1).

La exigencia del **error esencial** ha sido constantemente confirmada por la jurisprudencia internacional, como por ejemplo, en los Casos ante la CIJ: *Mavrommatis*104, *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas*105 y *Sentencia arbitral del Rey de España*106.

En el Caso del *Templo PréahVihéar*, en particular, la Corte, al considerar que Tailandia había señalado haber cometido un error en su declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte de 1950, definió el **error esencial**, el único que puede ser considerado en Derecho Internacional. La Corte indicó entonces que"... la principal importancia jurídica del error,cuando existe, es poder afectar la realidad del consentimiento (…) sin embargo, no ve en el caso ningún elemento que afecte (…) la realidad del consentimiento que Tailandia reconoce y afirma haber plenamente otorgado en 1950"107.

Al mismo tiempo que exige que el error se refiera a una **base esencial del consentimiento,** el régimen de Viena excluye el **error de derecho;** igualmente, excluye el **error cuando el Estado víctima ha contribuido a él por su comportamiento o por su negligencia**. En ese sentido, las Convenciones de 1969 y de 1986 precisan que el Estado y la Organización Internacional no podrían invocar el error si ese Estado o esa Organización: "contribuyó (eron) con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error" (párrafo 2), lo que tiene su origen en la citada Decisión de la CIJ sobre el Caso del*TemplodePréah Vihéar* cuando señala que un Estado no podrá invocar un error como vicio del consentimiento cuando: "…ella ha contribuido al error por su propia conducta, si ella

104CPJI. Serie A/B, No. 13, p. 31.
105CIJ. Rec. 1959, pp. 222 y 225.
106CIJ. Rec. 1960, pp. 215-216.
107CIJ. Rec. 1961, p. 30.

estaba en medida de evitarla o si las circunstancias eran tales que debía ser advertida de la posibilidad de un error".

Finalmente, debemos observar que el error sólo puede ser invocado por el Estado que incurre en el mismo.

- **El dolo**

Según el DRAE, dolo es engaño, fraude, simulación. En los actos jurídicos, agrega el Diccionario, es "la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída."El **dolo** es casi inexistente en la práctica internacional. Sin embargo,la Convención de Viena del 69 lo recoge en su artículo 49 como uno de los vicios que afecta el consentimiento del Estado. El artículo 49 de esa Convención precisa que:

> "Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio del consentimiento en obligarse por el tratado".

El **dolo**, cualquiera que sea su definición, es un acto internacionalmente ilícito. Se trata de una **conducta fraudulenta** cuyos efectos son provocados y consisten en hacer nacer un error en el espíritu de un co-contratante con un grado de gravedad suficiente para llevarlo a concluir un tratado108.

A pesar de su posible similitud con el error, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) prefirió incluir el dolo en su proyecto como **un vicio específico y autónomo distinto**, lo que consagró la Conferencia de Viena, al incluirlo en el texto definitivo de la Convención109.

El dolo tiene el mismo efecto del error: un Estado se hace una representación inexacta de la realidad. En el error prevalece la buena fe, mientras que el dolo implica un elemento ilícito caracterizado, un engaño.

- **La corrupción del representante**

---

108 REUTER, P., *Les vices du consentement dans la Convention de Vienne. Ecrits de droit international*, cit. p. 278.

109 DAILLIER, FORTEAU y PELLET. op. cit. pár. 121, p.217.

La **corrupción del representante del Estado** como uno de los vicios del consentimiento en obligarse por un tratado, la recoge la CVDT69 en su artículo 50 que dispone:

> "si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado".

Esta disposición abarca una situación que para algunos autores podría estar cubierta por el dolo. La CDI, sin embargo, la propuso también como una causa distinta y así quedó consagrada finalmente en la Convención de 1969, en su artículo 49 y en la Convención de 1986, en su artículo 49, también. La Comisión, al justificar su inclusión, subrayó que la corrupción debería ser definida en forma estricta y que no debería afectar sino los actos que pesaran decididamente en la voluntad del representante. Un gesto de cortesía o un favor mínimo no podrían constituir un acto de corrupción110.

La corrupción, al igual que en el caso del dolo, debe ser efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador,lo que no se precisa, como veremos, en las disposiciones relativas a la coacción sobre el representante o el mismo Estado.

- La **coacción sobre el representante del Estado o de la organización internacional o sobre el Estado**

La coacción es la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o haga algo. En las relaciones internacionales y en el Derecho Internacional en particular, se puede plantear la coacción, la violencia, sobre el representante del Estado, lo que en el Derecho de los Tratados se traduce en un vicio del consentimeinto.

La **coacción sobre el representante del Estado**es una causal que ha sido invocada en varias oportunidades en la historia, como sería el conocido caso de *la firma del Tratado de Madrid de 1526,* relativo a la cesión de la Borgoña, por Carlos V, quien argumentó que había sido

110REUTER, P. *Introduction aux droit des traités*. Cit, p. 159.

obligado a firmarlo, por lo que no le ejecutó. Otros ejemplos que evidencian la importancia de este vicio en la expresión del consentimiento se ubican en tratados suscritos durante o en relación con la II Guerra Mundial, como el suscrito entre Checoslovaquia y Alemania.

Los tratados concluidos bajo coacción del representante del Estado carecerán de todo efecto jurídico, como bien lo precisa el artículo 51 de la Convención que indica textualmente que:

> "la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él, carecerá de todo efecto jurídico".

La **coacción sobre la organización internacional** también está prevista en el régimen de Viena, como lo prescribe el artículo 52 de la CVDT86: Coacción sobre un Estado o una organización internacional por la amenaza o el uso de la fuerza, que dice que "es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Nacions Unidas."

El artículo 52 de las Convenciones de Viena se refiere a la amenaza o al uso de la fuerza **contrarios al Derecho Internacional**. No todos los casos de empleo de la fuerza o la amenaza de emplearla en este contexto son susceptibles de causar la nulidad de un tratado por que si no, como señala una parte de la doctrina, todos los Tratados de Paz serían nulos.

En la Conferencia de Viena se planteó la cuestión de la coacción política y económica, lo que no quedó reflejado en el texto de la Convención, pero si en el Acta Final de la Conferencia en la que se incluyen dos textos importantes en este sentido: una Declaración condenando solemnemente toda coacción militar, política o económica en la conclusión de un tratado y una Resolución por la cual se pedía al Secretario General de las Naciones Unidas que transmitiese esta Declaración a todos los Estados miembros, a todos los Estados participantes y a los órganos principales de las Naciones Unidas.

Sin duda, es un tema complejo, sobre todo por que no es fácil definir la coacción a un Estado y determinar su grado y formas para que puedan ser considerados como una causal de nulidad de un tratado, como lo señala expresa y claramente el artículo 52 de las Convenciones de Viena. La presión se plantea generalmente en las relaciones internacionales y no siempre se puede afirmar que se está en presencia de un acto contrario al Derecho Internacional, aun cuando se sabe que las relaciones internacionales están caracterizadas por la desigualdad real –aunque no jurídica de los Estados.

- **La nulidad cuando el objeto es ilícito o cuando contradice una norma del *jus cogens***

Por otra parte, como dijimos, el tratado puede ser nulo por otras razones: cuando **el objeto es ilícito** o cuando hay **contradicción del tratado con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*),** cuestiones que veremos más adelante, en forma detenida.

- **La nulidad absoluta y la nulidad relativa del tratado: efectos.**

Tal como en el derecho interno, en el derecho internacional se plantea también la **nulidad absoluta** y la **nulidad relativa**, regímenes que tienen efectos jurídicos distintos y que plantean situaciones diferentes. La nulidad absoluta sanciona la ilegalidad grave que afecta el orden público. El planteamiento de la nulidad absoluta permite la acción de oficio por el juez y la posibilidad de que cualquier Estado u organización internacional inicie una acción en ese sentido. Por el contrario, la nulidad relativa persigue proteger a las partes en el tratado y sólo puede ser planteada por las partes en el mismo. Distintamente a lo que se plantea en relación con la nulidad absoluta, estos actos pueden ser confirmados por las partes.

En el caso de la nulidad absoluta, estamos ante actos que no han existido nunca; su imperfección no podría ser subsanada por el consentimiento de la víctima. Técnicamente hablando, si la víctima quería aceptar ciertas de las consecuencias de tal acto, ella no lo podría hacer sino por un tratado completamente nuevo que no se presentaría de ninguna manera, como un acto de confirmación del tratado nulo111.

111 REUTER, Paul. op. cit. p.159.

Las Convenciones de Viena retienen ambos regímenes en forma clara. Vimos, cuando se examinaba la expresión del consentimiento, que las irregularidades planteadas, salvo la relativa a la coacción (Art. 51 y 52) podían ser subsanadas, lo que confirmaba el acto y hacía posible su nacimiento y la producción de sus efectos jurídicos.

Las situaciones planteadas en los artículos 48 y siguientes, relativas al error, al dolo, a la corrupción del funcionario, a los vicios fundados en normas constitucionales del Estado, se ubican en el régimen de nulidad relativa. Los vicios del consentimiento, en general, son entonces, susceptibles de ser confirmados y sólo pueden ser alegados por las partes en el tratado.

La nulidad absoluta se refiere al caso de la coacción, la ilicitud del objeto y la contravención de una norma perentoria o imperativa de Derecho Internacional, es decir, una norma de *jus cogens*.

Son nulos y en forma abosluta los tratados que estén en el momento de su celebración en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general, es decir, una norma "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

- **Consecuencias de la nulidad de un tratado**

Las consecuencias de la nulidad del tratado, es tratada en el artículo 69 de la CVDT69 que señala que:

> "1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.
> 2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:
> a. Toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos.
> b. Los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad, no resultarán ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.

3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 y 52 no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.
4. En caso de que el consentimiento de un Estado determinado en obligarse por un tratado multilateral este viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado".

El tratado es considerado nulo desde el momento de su conclusión y no solamente desde el momento en que se descubre el vicio, lo que significa que la nulidad tiene entonces, según la Convención de 1969, un **carácter retroactivo**.

El principio es que la nulidad, así como otras situaciones relacionadas con la vida del tratado, como la revocación, se refiere a la totalidad del tratado "a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto", como se señala claramente en el artículo 44 de la Convención de 1969.

En la práctica algunos Estados han planteado la nulidad de un tratado, como sería el caso de Nicaragua que plantea a la CIJ en su demanda en contra de Colombia, la nulidad del Tratado Bárcenas-Esguerra del 24 de marzo de 1928. En efecto, en sus argumentos y conclusiones Nicaragua pide a la Corte que declare que dicho tratado es nulo y que por ello Colombia no podía fundar sus derechos sobre sus pretenciones en relación con las Islas San Andrés y Providencia (CIJ, Rec.2012, p.10, pár.16), lo que la Corte rechazó cuando en su Decisión sobre Excepciones Preliminares del 13 de diciembre de 2007 consideró que "no era competente (...) por que la cuestión de la soberanía sobre las tres islas había sido solucionada por el Tratado de 1928, por el cual Nicaragua había reconocido la soberanía colombiana sobre las Islas".

v. Las reservas y las declaraciones interpretativas

Uno de los aspectos más complejos del Derecho de los Tratados es el relativo a las **reservas** y las **declaraciones interpretativas**, es decir, la actitud formal de un Estado expresada mediante declaraciones unilaterales para sustraerse de algunas de las obligaciones del Tratado o para interpretarlas de alguna manera. En la práctica, la participación de un Estado o de una organización internacional en un Tratado está a

veces acompañada de esas declaraciones que pueden ser reservas o declaraciones interpertativas, en el sentido que veremos enseguida.

El consentimiento del Estado en vincularse por un tratado puede manifestarse en relación con todo el texto del tratado o sólo en relación con parte de él. Un Estado o una organización internacional pueden formular una **reserva** a un tratado, en determinadas condiciones, así como formular una **declaración interpretativa,** cuyos efectos jurídicos, como veremos, son diferentes,en relación con alguna de sus disposiciones o partes.

El régimen de Viena incluye algunas disposiciones referentes a las reservas a los tratados entre Estados (CVDT69) y entre éstos y organizaciones internacionales o entre éstas (CVDT86), pero no resuelve todos los problemas y dudas que surgen de su lectura e interpretación sobre su funcionamiento, razón por la cual la CDI, sin separarse del régimen establecido, realizó un minucioso examen que concluye en 2011, con la adopción de una **Guia de la Práctica**112, elaborado no como base de un texto convencional, como es la práctica generalizada de la Comisión, si no para presentar una herramienta sumamente útil a los Estados para que puedan actuar con mayor propiedad, al momento de formular una reserva o una declaración interpretativa a un tratado multilateral.

Si bien el tema de las reservas es examinado y regulado de alguna manera en las Convenciones de Viena, nada se dice acerca de las declaraciones interpertativas.

Estamos ante dos tipo de declaraciones que por su propia naturaleza, son distintas. Las priras permiten al Estado e, el caso de ser admitidas, sustraerse de algunas obligaciones del tratado. Las segundas constituyen ua forma de interpretación del Estado, de alguna o algunas disposiciones de un tratado. Ademas difieren, por que ambas se ubican en espacios convencionales distintos. Las reservas **sólo pueden ubicarse en la relación multilateral**, es decir, solamente pueden ser formuladas en relación con un tratado multilateral. No es posible, en consecuencia, formular una reserva a un tratado bilateral, aunque existe a este respecto una práctica muy limitada en las relaciones convencionales de Estados

112 Informe de la CDI, A/66/10. Add.1

Unidos, que no sustenta tal posibilidad. Si un Estado llegara a plantear una reserva en relación con un tratado bilateral, ello debe ubicarse en el proceso de la negociación, lo que se reflejaría en el texto finalmente adoptado por las dos partes. Después, supondría simplemente la renegociación del tratado si las partes lo convienen. En el caso de las **declaraciones interpretativas**, la situación es diferente, como lo plantea la misma CDI. En principio, un Estado puede formular una declaración interpretativa en el contexto de un tratado bilateral, como veremos luego.

a. Definición de Reserva

La reserva indica la voluntad de un Estado parte en un tratado, de aceptar sus cláusulas con algunas modificaciones que afectan la relación contractual entre ese Estado y los otros Estados u organizaciones partes. Un Estado puede suscribir un acuerdo en forma total pero, si por determinada razón no puede suscribir una parte o alguna de sus disposiciones, el Estado tiene dos opciones: no llegar a ser parte del tratado o formular una reserva sobre alguna o algunas de sus disposiciones, si el tratado lo permite, como veremos luego. Es decir, el Estado, interesado en participar en un tratado intenta moldear su aplicación mediante la formulación de una reserva e incluso por una declaración interpretativa (figura llamada por algunos reservas impropias que no fueron aceptadas por la doctrina por mucho tiempo, pero que hoy se examinan con mayor detenimiento, especialmente en la CDI).

El fundamento teórico de la formulación de reservas consiste en que si la soberanía estatal permite a un Estado lo más —no ratificar un Convenio que ha firmado o no formar parte del mismo en contra de su voluntad— debería permitirle al menos excluir una determinada cláusula o darle un alcance específico113. La esencia de la reserva es poner una condición: el Estado no se compromete sino a condición de que ciertos efectos jurídicos del tratado no le sean aplicados, sea por la

113 DIEZ DE VELASCO, M. Op. cit. p. 168.

exclusión o la modificación de una regla o por su interpretación o su aplicación114.

Según lo establecido en el artículo 2, párrafo 1, inciso d), del artículo 19 de las Convenciones de Viena, se entiende por reserva:

> "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

Esta definición de reserva es precisada en la Directriz adoptada por la CDI en 2011 115, que considera las tres Convenciones que conforman el régimen de Viena. En efecto, en el proyecto de Directriz 1.1, parágrafo 1, se señala que:

> "1. Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional alfirmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, ocuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a eseEstado o a esa organización".

El párrafo 2 de esta Directriz precisa la interpretación que debe darse a la definición, lo que responde a la práctica. El texto dice:

> "2. El párrafo 1 deberá interpretarse en el sentido de que incluye las reservas que tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva".

La definición que se recoge en la Guia de la Práctica no solamente combina las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que refleja el derecho consuetudinario, la doctrina y la

---

114 REUTER, P., *Introduction au droit des traités*. P-75. 3a. ed. prefacio de Ph. Cahier. PUF. París. 1995.

115 Informe de la CDI (2011), p.20, doc. A/66/10.add.1.

jurisprudencia internacionales. La definción de reserva es de origen esencialmente consuetudinario, como se dice en el laudo arbitral dictado el 30 de junio de 1977, en el Asunto *Delimitación de la Plataforma Continental entre el Reino Unido y Francia*116, en relación con el cual el tribunal arbitral constató que las partes habían aceptado que el artículo 2, párrafo 1 d), de la Convenciónde 1969, en la que ninguno de los dos era parte, definía correctamente las reservas y dedujo las debidasconsecuencias.117

La **denominación** del acto no es importante. Lo que es determinante es la intención del Estado o de la organización internacional que formula el acto en relación con el tratado. Es posible que la declaración unilateral formulada por el Estado para limitar sus obligaciones en relación con el tratado no sea denominada reserva, pero ello no afecta de ninguna manera su carácter de tal, como se precisa en la Directriz 1.3.2 (Enunciado y denominanción) de la Guía de la Práctica:

> "El enunciado o la denominación de una declaración unilateral constituye un indiciode los efectos jurídicos perseguidos".

Algunas declaraciones unilaterales no calificadas de reserva pueden producir el mismo efecto de la reserva, en sentido estricto. Así, por ejemplo, un Estado puede declarar "limitar" las obligaciones de un tratado, no modificar los efectos jurídicos. Es decir, un Estado puede hacer una declaración unilateral no para "modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado" como se dice en las Convenciones de Viena, sino para "limitar las obligaciones que el tratado impone" lo que constituye también una reserva, según la Directriz 1.1.1 (Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor) que dice que:

> "Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa

116Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, párrs. 54 y 55, págs. 169 y 170.
117 Comentario a la Directriz 1, Informe de la CDI,Doc. A/66/10.add.1, p.37.

> organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que su autor se propone limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva".

También constituye una reserva, la declaración unilateral que se formula para cumplir la obligación de que se trata, **de una manera diferente** "pero que el autor considera equivalente a la impuesta por el tratado." La Directriz 1.1.2 dice:

> "Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que ese Estado o esa organización se propone cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero que el autor de la declaración considera equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva".,

Distintamente, si una declaración unilateral va más allá de los compromisos establecidos en el tratado o si tiene por objeto agregar nuevos elementos al tratado, no es una reserva. En el primer caso podríamos estar ante actos unilaterales que operan por sí solos, es decir, que producen efectos jurídicos por sí mismos, mientras que en el segundo se estaría en presencia de "una propuesta de modificación del contenido del tratado" y no de una reserva.

Por otra parte, un Estado puede formular una declaración unilateral cuando la reserva está prohibida. En ese caso, esa declaración no constituye una reserva, a menos que ella "tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos en su aplicación al autor de esa declaración".

Para determinar si se está ante una reserva o una declaración interpretativa debe procederse a una **interpertación de buena fe** conforme al sentido corriente que haya de darse a sus términos "con miras a inferir de ellos la intención de su autor, a la luz del tratado a que se refiere." El enunciado o la denominación que se de a una declaración unilateral proporcionan un indicio acerca del efecto jurídico perseguido.

b. El derecho a formular reservas

La **formulación** de reservas está regulada, como dijimos, en el artículo 19 de las Convenciones de Viena que establece que:

> "Un Estado (o una Organización Internacional) podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos que: a) La reserva esté prohibida por el tratado; b) El tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o, c) En los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado".

Los Estados y las organizaciones tienen, entonces, derecho a formular reservas a un tratado. Con esa permisibilidad no se pretende afectar la integridad de un tratado multilateral. Por el contrario, se busca la mayor participación de los Estados en los mismos, a la vez que conservar lo mas posible su integridad. Hay que encontrar, como dice la CDI al presentar su Informe en 2011, un **equilibrio** entre ese derecho y la participación más amplia posible de los Estados en esos tratados. En todo caso, los Estados y las organizaciones internacionales que pretendan formular reservas "deberían hacerlo de la manera más precisa y restringida posible, plantearse la posibilidad de limitar su alcance y velar por que no sean incompatibles con el objeto y elfin del tratado a que se refieran".

c. La naturalea unilateral de las reservas y de las declaraciones unilaterales

Las reservas y las declaraciones interpretativas son declaraciones unilaterales, aunque no autónomas como veremos más adelante, al examinar las nuevas fuentes del Derecho Internacional o de las obligaciones internacionales. Estas declaraciones, por las que se formula una reserva o una interpretación de una disposición o una parte de un tratado, no son necesariamente **individuales**, pues existe la posibilidad de que sean formuladas **en forma conjunta** por dos o más Estados u organizaciones internacionales. La naturaleza unilateral de la reserva o de la declaración interpretativa no impide, pues, que tales declaraciones puedan ser de origen colectivo. Es decir, varios Estados u organizaciones internacionales pueden formular una

reserva en forma conjunta, como se recoge en la Directriz 1.1.5 de la Guia de la Práctica adoptada en 2011, que dice:

> "La **formulación conjunta** de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva" (negrillas nuestras).

d. Capacidad para formular una reserva

Las Convenciones de Viena no contienen ninguna precisión en cuanto a la **persona que puede formular una reserva,** es decir, la persona que tiene competencia para formular una reserva en nombre de un Estado, en el plano internacional.

La CDI consideró durante sus trabajos dos proyectos muy próximos en cuanto al fondo, aunque uno más detallado que otro: la aplicación *mutatis mutandis* del artículo 7 que ya examinamos, sobre las personas competentes para actuar en nombre del Estado. El Relator Especial se preguntó en su Sexto Informe (2001), si no había que hacer más flexible la norma del artículo 7 añadiendo a las tres autoridades clásicas otras categorías como, por ejemplo, el representante permanente ante una organización internacional depositaria. El Relator Especial, finalmente, optó por una solución híbrida añadiendo "sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, para no poner en tela de juicio la práctica existente"118.

En la Directriz 2.1.3 de la Guía de la Práctica (Representación a efectos de la formulación de una reserva en el plano internacional) se dice textualmente que:

> "1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las orgaque una persona representa a un Estado o a una organización internacional a efectos de formular una reserva:
> a) si esa persona presenta los adecuados plenos poderes para la adopción o la autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

118 Informe CDI. 53 período de sesiones. 2001. p. 496. Doc. A/53/10.

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es la representante del Estado o de la organización internacional para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado para formular una reserva en el plano internacional:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores;

b) los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en esa conferencia;

c) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;

d) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a untratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización".

Es claro que el Derecho Interno determina el órgano competente para formular la reserva, como se reafirma en la Directriz 2.1.4:

"1. El órgano competente y el procedimiento que haya de seguirse en el planointerno para formular una reserva serán determinados por el derecho interno de cada Estadoo por las reglas pertinentes de cada organización internacional.

2. El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de unEstado o de las reglas deuna organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva".

e. Derecho de formular una reserva y s limitaciones

Un Estado o una organización internacional partes en un tratado multilateral, como dijimos antes, tiene el **derecho** a formular una reserva, con la intención antes señalada, es decir, con la intención de excluir o modificar los efectos jurídicos de una disposición de un tratado o parte de él. Este derecho no es absoluto. El derecho a formular

reservas tiene, sin embargo, sus **limitaciones** tal como se recoge n el artículo 19 de las Convenciones de Viena. El Estado y la organización internacional podrán, en efecto, formular una reserva a menos que: a) la reserva esté **prohibida** por el tratado; b) el tratado disponga que únicamente pueden hacerse **determinadas reservas**, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o, c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea **incompatible con el objeto y el fin del tratado**.

La práctica internacional en la materia es diversa. Algunos tratados no hacen ninguna referencia al derecho de formular reservas o a sus limitaciones, otros incluyen una cláusula que prohíbe las reservas y otros una disposición mediante la cual se permite formular reservas sólo sobre algunas de sus disposiciones.

La inclusión de una cláusula prohibitiva de carácter general es frecuente. Así, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, el artículo 120 señala textualmente que: "No se admitirán reservas al presente Estatuto".Una disposición de esta naturaleza, sin embargo, puede estar disminuida por otra incluida en el mismo texto. Es el caso del mismo Estatuto de Roma en el cual, además de la disposición contenida en el artículo 120 citado, se incluye otra mediante la cual se permite la posibilidad de formular una declaración que podríamos considerar como una "reserva encubierta"; en todo caso, independientemente de su denominación, esta disposición permite la formulación de una reserva en el sentido del artículo 19 de las Convenciones de Viena, es decir, para modificar los efectos jurídicos del tratado. En efecto, el artículo 124 del Estatuto (Disposición transitoria)119, a nuestro juicio permite la formulación de una "reserva" aunque no se le denomine como tal. Esta declaración es limitada (al artículo 8) y transitoria (aplicación por siete años, con la posibilidad de que sea excluida en una labor de revisión ulterior), pero en todo caso, aunque no responde textualmente a

119 Cuyo contenido dice así: "No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del art. 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio (…)".

la definición de la reserva en el sentido estricto del termino, mediante esta declaración unilateral se excluye el efecto jurídico de una disposición de ese texto.

En el caso de la CNUDM, por su parte, la Convención prohibe en general las reservas; pero, las admite cuando ella está permitida de conformidad con una de sus disposiciones. El artículo 309 dice textualmente que:

> "No se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, **salvo las expresamente autorizadas** por otros artículos de la Convención". (negrillas nuestras)

En algunos tratados se incluye una norma que prohibe la formulación de reservas al limitar su aplicación a una determinada disposición del mismo. Es el caso de la Constitución del Fondo Internacional de Desarrollo Agricola (FIDA) en cuyo artículo 13-4 se dice que "solo podrán hacerse reservas a la Sección 2 del artículo 11 del presente Convenio", disposición ésta que se refiere al arbitraje obligatorio como medio de solución de controversias por la interpertación o la aplicación del texto constitutivo del Fondo, una disposición que respondió a las exigencias de algunos Estados participantes, Venezuela en particular, que rechazaba la inclusión de un método compulsivo de solución de controversias, como el arbitraje. En el caso de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), las reservas están prohibidas en forma general. Es decir, según el artículo 27 de su Constitución "no se pueden formular reservas..." a ninguna disposición de ese texto.

Ahora bien, cuando el tratado no dice nada respecto de las reservas, es decir, cuando el tratado guarda silencio en cuanto a la permisibilidad y la prohibición de formulación de reservas, la regla incluida es que ellas son permitidas siempre y cuando "no sean **incompatible con el objeto y el fin del tratado**". Las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 admiten formalmente, en efecto, que "en caso de silencio del tratado una reserva es posible a menos que ella sea incompatible con el objeto y el fin del tratado".

Sin duda, la expresión "incompatible con el objeto y el fin del tratado" es ambigua y dependerá de la interpretación que los mismos Estados y organizaciones internacionales hagan de ella. La Convención de Viena se refiere una vez a esta noción cuya interpretación está sujeta a cierta incertidumbre y que la Opinión Consultiva de 1951, que inspiró su redacción, no resolvió.

En este caso concreto la Asamblea General solicitó una Opinión Consultiva a la Corte, mediante resolución del 16 de diciembre de 1950, en los siguientes términos:

> "En lo referente a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio y en el caso de un Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella formulando reservas en el momento de la ratificación o la adhesión, o en el de la firma seguida de ratificación:
>
> I. ¿Se puede considerar a tal Estado como parte en la Convención aunque mantenga su reserva si una o mas partes en la Convención, pero no otras, formulan objeciones a tal reserva?
>
> II. Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa ¿cuál es el efecto de la reserva entre el Estado que la hace y:
>
> a. las partes que formulan objeciones a la reserva? o
>
> b. las partes que la aceptan?
>
> III. En relación con la respuesta a la pregunta I cual sería el efecto jurídico si la objeción a una reserva la formula:
>
> a. un signatario que no ha ratificado aún la Convención o
>
> b. un Estado autorizado a firmarla o adherirse a ella, pero que todavía no lo ha hecho".

La Corte señala ante todo que de la inexistencia en la Convención de un artículo relativo a las reservas, no se puede concluir que éstas estén prohibidas. A falta de una disposición expresa para determinar si es posible formular reservas y cuales serían sus efectos, hay que tener en cuenta el carácter de la Convención, su finalidad, sus disposiciones y su modo de elaboración y aprobación. En este caso se consideró que la importancia de la Convención y el interés de que tuviera un alcance verdaderamente universal, dada la finalidad puramente humanitaria y civilizadora, debían facilitar la participación del mayor número de Estados lo que hubiera quedado frustrado si una objeción a una reserva

de menor importancia entrañara una exclusión completa120. La Corte consideró entonces que era la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que la objeta.

g. Momento para formular una reserva

Ahora bien, en que momento puede el Estado o la organización internacional formular una reserva? En principio, las reservas sólo podrán ser formuladas antes de que el Estado se comprometa definitivamente en obligarse por el tratado, es decir, después de la firma, en el caso de un acuerdo simplificado, o de la ratificación en el contexto de los acuerdos solemnes.

De acuerdo con la definición de "reserva", adoptada por la CDI, **un Estado o una organización internacional puede formular una reserva al momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado**. Es decir, en el momento en que expresa su consentimiento por vincularse al Tratado. Puede, sin embargo, un Estado o una organización internacional formular una reserva después de manifestar el consentimiento para obligarse por el tratado siempre que el tratado lo permita o que ninguna de las partes se oponga a esta formulación tardía de la reserva, como se expresa en la Directriz 2.3 de la Guia de la Práctica que dice:

> "Un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a una tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, **a menos que el tratado disponga otra cosa o que ninguno de los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes se oponga a la formulación tardía de esa reserva**"
>
> (negrillas nuestras).

h. La confirmacion de la reserva

En el contexto de los tratados que requieren ratificación, aceptación o aprobación el Estado o la organización internacional que formula una reserva debe **confirmarla** formalmente en el momento en que ese Estado manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado,

120CIJ. Rec. 1951. Resumen de decisiones. Cit. p. 26.

como lo prevé el párrafo 2, del mismo artículo 23 de las Convenciones de Viena, lo que se recoge en la Directriz 2.2.1 que reza:

> "La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de serobjeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de serconfirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de lareserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido formulada en la fecha de su confirmación".

i. Aceptación, objeción a una reserva y la relación jurídica entre las partes

La cuestión de la **aceptación y objeción de las reservas** debe examinarse a la luz de la permisibilidad para formularla, es decir, si se trata de reservas que **no han sido expresamente autorizadas** o reservas que pueden ser formuladas en virtud de una **autorización expresa** contenida en el mismo tratado.

En ambos presupuestos la aceptación de la reserva por los otros Estados Parte en el Tratado puede ser **expresa**, pero también en forma **tácita**, es decir, cuando no la objeta en un plazo determinado, como lo señala el artículo 20-5 de las Convenciones de Viena:

> "a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta ultima es posterior".

Una **reserva autorizada expresamente** por el tratado no requiere, en principio, la aceptación de las otras partes, como lo prevé la Directriz 4.1.1 que dice:

> "1. Una reserva expresamente autorizada por un tratado no exigirá la aceptación ulterior de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

2. Una reserva expresamente autorizada por un tratado quedará establecida con respecto a los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes si se ha formulado respetando laforma y el procedimiento previstos a tal efecto".

Las reservas no exigen la **aceptación de todas las partes** en el tratado, como se planteaba en la época de la Sociedad de Naciones, salvo en algunos tratados de composición restringida, los plurilaterales varias veces referidos, en los cuales se incluye expresamente tal condición para que las reservas puedan ser aceptadas y producir sus efectos jurídicos. Incluso, se puede agregar, que la tendencia es promover la aceptación tácita de las reservas. Así, por ejemplo, lo prescribe el artículo 9-2-1 del Acuerdo plurilateral de comercio de aeronaves, concluido en el marco de la OMC, del que forman parte los Estados de la Comunidad Económica Europea y otras en condiciones muy específicas, que dice:

"No podrán formularse reservas respecto de ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo sin el consentimiento de los demás Signatarios."

Una cuestión particular se plantea cuando se trata de una **reserva formulada en relación con el instrumento constitutivo de una organización internacional**. En principio, la reserva debe ser aceptada por el órgano competente de la Organización tal como lo señala el artículo 20-3 de las Convenciones de Viena que dicen:

"Cuando un tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización".

Es lógico que se proteja la unidad o integridad del texto, para garantizar la homogeneidad de las relaciones entre miembros de la organición. El objetivo principal de los textos constitutivos de las organizaciones es precisamente crear una nueva persona jurídica en cuyo seno es impensable que existan relaciones bilaterales diversas entre los Estados u organizaciones miembros. No puede haber varios estatutos de "miembro" y menos aún varios procedimientos de adopción de decisiones. La decisión que se adopte acerca de la

aceptación de la reserva debe ser colectiva, es decir, por los Estados u organizaciones Miembros a través de los órganos de la éstas121.

Ahora bien, la reserva puede ser **objetada** por un Estado o una organización contratante o por el órgano de una organización internacional, pero dentro del plazo señalado en la Directriz 2.6.12 antes transcrita. De no formularse a tiempo podría entenderse que la parte de que se trate ha aceptado la reserva, como lo dice esta directriz:

> "Salvo que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional podrá formular una objeción a una reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o hasta la fecha en que ese Estado o esa organización internacional haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior".

Las reservas pueden ser a veces objetadas por la mayoría de los Estados partes, como sería el caso de la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial* en la que se prevé que dos tercios de los Estados Miembros pueden objetar la formulación de una reserva hecha por un Estado parte.

Una parte en el tratado puede, por otra parte, presentar una **objeción tardía**. Nada impide que una parte pueda presentar una objeción más allá de los doce meses o del plazo previsto en el tratado, si lo hubiere. Esas objeciones, sin embargo, "no producirán todos los efectos jurídicos de una objeción formulada dentro de ese plazo" como se precisa en la Directriz 2.6.13.

La **formulación y la aceptación de la reserva van a fundamentar la relación jurídica** que existe entre las partes en el tratado, una de los aspectos mas complejos del tema. Se trata de determinar los efectos reales y deseados, que no son necesariamente idénticos y que dependen, por una parte, de la validez (formal y sustantiva) de las reservas; y, por otra, de las reacciones de los demás Estados u organizaciones internacionales interesados.

El artículo 21 de la CVDT69 establece este régimen:

---

121 Ver sobre el tema y la práctica. *El duodécimo Informe sobre las reservas a los tratados*, Doc. A/CN.4/584, pp. 24 y ss.

"1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a. Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y,

b. Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva. La reserva en la medida prevista por esta reserva; y,

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva".

Una reserva puede ser **objetada** por una de las partes. Las relaciones entre las partes en el tratado se basa en la reserva y la objeción e incluso en la aceptación de ésta. El principio fundamental es expresado por la Corte en su Opinión Consultiva de 1951 cuando afirma que "ningún Estado puede estar vinculado por una reserva a la que no haya consentido".122

En el Caso citado de la *Convención sobre el Genocidio*, la Corte trata de determinar cual es el efecto de la reserva en las relaciones entre el Estado que la formula, por una parte; y, los Estados que la objetan y la aceptan, por la otra. Ningún Estado —considera la Corte— puede estar obligado por una reserva a la que no ha consentido y por ello, cada uno, inspirándose en su propia apreciación de la reserva, dentro de los límites del criterio del objeto y el fin anteriormente expuesto considerará o no al Estado que la formula como parte en la Convención123. El **objeto de la reserva** es, como se recoge en las diversas definiciones, **excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones de un tratado** o, como se precisa en la Directriz 1.1.2antes referido ". ..excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposicionesde un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al

122 CIJ.Rec.1951, p.26.
123Resumen Decisiones y Opiniones de la CIJ. Cit. p. 26.

Estado o a la organización internacional que formula la reserva". La reacción de los otros Estados partes ante la reserva es parte de la relación. Un Estado formula la reserva y la otra u otras partes la aceptan o la objetan. El Estado que formula la reserva excluye los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, por lo que el autor de la misma no tendrá derechos ni obligaciones en su relación con el Estado o la organización internacional que la hayan aceptado o con los cuales se ha "establecido" dicha reserva, tal como se recoge en forma clara en la Directriz 4.2.4. Si la reserva no ha quedado establecida, la objeción de una parte en el tratado impide que la misma surta efectos en relación.

Una reserva, su aceptación o la objeción, tendrá **efecto jurídico a partir del momento en que ese Estado notifique a los otros sobre ello**. Es decir, que es indispensable que el Estado destinatario conozca sobre la decisión del otro Estado parte en el tratado acerca de su postura jurídica en relación con una disposición del tratado.

Los artículos 20124 y 21125 de las Convenciones de Viena regulan los efectos jurídicos de las reservas, aunque no en forma clara, como

---

124El artículo 20 dice que:

> 1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratadosí lo disponga.
> 2. Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.
> 3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de unaorganización internacional y a menos que en el se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.
> 4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:
> a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado sí el tratado ya esta en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados:
> b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

bien lo señala la CDI en sus Comentarios a las Directrices que constituyen la Guía de la Práctica.

Tal como se dice en los Comentarios a esta Parte de la Guía de la Práctica "la cuestión de los efectos de una reserva, de su aceptación o de una objeción a ella dista mucho de estar enteramente resuelta por el artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Esta disposición se refiere solamente al **efecto de esos instrumentos en el contenido de las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes**2011. La cuestión, distinta de la relativa al efecto de la reserva misma, de los efectos de una aceptación o de una objeción en el consentimiento del autor de la reserva en obligarse por el tratado no se rige por el artículo 21 sino por el artículo 20 de las dos Convenciones de Viena, titulado Aceptación de las reservas y objeción a las reservas".126

---

c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4. y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta ultima es osterior".

125Efectos de las reservas y de las objeciones de las reservas:

"1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19 20 y 23:

a) modificara con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma:

b) modificara en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2. La reserva no modificara las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones "inter se".

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva."

126 Informe de la CDI cit., p.444.

En las Convenciones de Viena no se precisan las consecuencias jurídicas de una **reserva que no cumple con las condiciones de validez sustantiva** según el artículo 19 o las **formales** recogidas en el artículo 23. De allí que la Comisión aprobara algunas Directrices sobre las **reservas "establecidas"**, un término nuevo en relación con Viena y que significa, no una nueva categoría de reservas, como bien lo expresa la Comisión en sus Comentarios127, sino que ella es formulada de conformidad con los artículos 19, 20 y 23 de las Convenciones de Viena; y, sobre las **reservas "autorizadas"** por un tratado que no requieren, estas últimas, de la aceptación de las otras partes en el tratado.

La Guia de la Práctica incluye la Directriz 4.1 que reza:

> "Una reserva formulada por un Estado o una organización internacional quedará establecida con respecto a un Estado contratante o una organización contratante si es sustantivamente válida, si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto y si ese Estado contratante o esa organización contratante la ha aceptado".

Cuando una **reserva es inválida**, es decir, que no llena los requisitos exigidos en los artículos 19 y 23, no produce ningún efecto jurídico. En la Guia de la Práctica se precisa en su Dierctriz 4.5 que:

> "Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en las partes 2 y 3 de la Guía de la Práctica es **nula de pleno derecho** y, por lo tanto,**carece de todo efecto jurídico**". (negrillas nuestras)

j. **Retiro de una reserva y de las objeciones**

Un Estado o una organización internacional, cuando considere que han cesado las circunstancias que las motivaron, pueden **retirar tanto las reservas como las objeciones** formuladas en relación con las reservashechas por otro Estado. Las Convenciones de Viena consagran al Estado y a la organización internacional un derecho amplio para retirar la reserva. En su artículo 22, en efecto, se establece esta

127 Informe de la CDI cit.,pp.447 y ss.

posibilidad al señalar textualmente que: "…una reserva podrá ser retirada en cualquier momento…".

La reserva podrá retirarse **sin que sea necesario el consentimiento del Estado** que la haya aceptado, lo que responde logicamente a la naturaleza de este acto que lejos de imponer obligaciones a otros Estados, les otorga derechos antes reitrados. El razonamiento acá pudiere ser similar al antes expresado en relación con el retiro dela "reserva" muy particular (declaración unilateral) que los Estados pudieren hacer en relación con el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es decir, el Estado, al retirar la reserva no estaría afectando ni disminuyendo los derechos de las otras partes en el tratado. Más bien, se trata de todo lo contrario.

En la Guía de la Práctica se incluye la Directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas) que reza así:

> "Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya acep-tado".

Una reserva puede ser retirada pero sólo surtirá efectos "cuando haya sido notificado", como se señala en el artículo 22 de las Convenciones de Viena. El efecto jurídico que produce el retiro es la aplicación de las disposiciones a la que se refería la misma.

En la Guía de la Práctica incluye la Directirz 2.5.7 que dice:

> "1. El retiro de una reserva entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que estas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto.
> 2. El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y un Estado o una organización internacional que hubiere hecho una objeción a la reserva y se hubiere opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva a causa de dicha reserva".

El retiro de la reserva, **siempre por escrito,** según la Directriz 2.5.2, pueden ser hecho por las personas autorizadas para ello, al igual que en el caso de su formulación. La cuestión es regulada en la Directriz 2.5.4 de la Guía de la Práctica.

k. Interpretación de las reservas

En lo que respecta a la interpretación de las reservas, la Guia contiene la Directriz 4.2.6 en la que se precisa que las mismas "deberán interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta la intención de su autor según se infiera primordialmente del texto de la reserva y del objeto y del fin del tratado y las circunstancias en que la reserva se haya formulado".

l. Reservas en las clausulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado

Incialmente la CDI había considerado que una reserva a una clausulade solución de controversias no era posible (Anuario CDI, 1956, Vol. II, doc. A/CN.4/101, p. 127, par. 96), lo que parecía representar una posición radical. Hoy, se considera que tales reservas son posibles siempre que sean compatibles con el objeto y los fines del tratado de que se trate, como lo ha afirmado la CIJ en varias ocasiones. La Corte reconocio en los Casos de la *Licitud del uso de la fuerza* la validez de las reservas formuladas por Espana y los Estados Unidos al articulo IX de la Convencion para la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio, de 1948 que atribuye a la Corte a competencia para conocer todas las controversias relativas a dicha Convencion. (Informe CDI, 2007, Vol. II, p.47), lo que hizo también en el Caso de las *Actividades armadas en e territorio del Congo* que la reserva se referfia solo a la competencia de la Cortey no contradecía el objeto y el fin delaq Convencion.

En la practica los Estados han formulado reservas a mecanismo de solución de controversias. Asi, la posición de Venezuela al momento de suscribir los Convenios Constitutivos del FIDA de la ONUDI, en relacion con los cuales formulo reservas e cuanto al arbitraje y a la competencia de la Corte para conocer controversias en relación con esos textos.

m. **Las reservas en el marco de la sucesión de Estados**

Por último, un breve comentario sobre las reservas en el marco de la sucesión de Estados. La CVDT78 prevé en su artículo 20, una reglamentación relativa a las reservas en ese contexto, aunque se refiere exclusivamente a los "Estados de reciente independencia", definidos en el artículo 2.1.f de ese texto. Es decir, que la Convención de 1978 abarca los aspectos relacionados con los Estados que adquieren su independencia a raíz de un proceso de descolonización.

Se entiende, como se señala en el artículo 20 de esa Convención128, que el Estado que acepta un tratado por esta vía, mantiene las reservas que sean aplicables al momento de la sucesión. También, el Estado sucesor puede formular una reserva en ese momento, sobre ese mismo tratado, a menos que esté excluida según el artículo 19 de la CVDT69.

g. Las declaraciones interpretativas

Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 guardan silencio en relación con las **declaraciones interpretativas**, una práctica que se puede

---

128El artículo 20 dice textualmente:

"1. Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, se entenderá que mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio al que serefiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva queconcierna a la misma materia que aquella reserva.

2. Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que ésta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados a), b) o c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.3. Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de con-formidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las normas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".

apreciar desde el siglo XIX129. El tema no fue abordado por la CDI cuando elaboró el proyecto de Convención sobre el derecho de los tratados de 1969.

Las declaraciones interpretativas difieren claramente de las reservas, como vimos antes, aunque algunos autores han sostenido que deben asimilarse. Ambos conceptos son diferentes, aunque parcialmente yuxtapuestos130, por lo que el régimen aplicable para regular su funcionamiento debe ser necesariamente distinto, tal como lo presentó el Relator Especial en sus trabajos en la Comisión.

La práctica contemporánea, como se ha podido constatar en la Comisión de Derecho Internacional (CDI), ha visto la proliferación de las declaraciones interpretativas "que en principio tienen –como dijimos- por objeto no excluir o limitar la aplicación de una disposición (del tratado) sino, nada más, de precisar el sentido de estas". En algunos textos, como en la CNUDM (Art.310) se autoriza a los Estados a formular "declaraciones o manifestaciones" cualquiera que sea su enunciado o denominación, siempre que ellas "no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención", es decir, que no constituyan reservas de acuerdo con la definición de las mismas, antes considerada.

No es fácil, sin embargo, distinguir con certeza la reserva de la declaración interpretativa. La CDI en su proyecto de Directriz 1.3 precisa que:

---

129 Gran Bretaña, cuando se realizaba el intercambio de instrumentos relacionados con el Acta Final del Congreso de Viena de 1815, declaró que el Art. VIII debía "interpretarse en el sentido de que obligaba a las Partes Contratantes (…) a emprender una acción común contra el poder de Napoleón Bonaparte (…) pero no en el sentido de que obliga a Su Majestad Británica a proseguir la guerra, con la mira de imponer en Francia un determinado Gobierno". Ver. Tercer Informe sobre reservas. Cit. p. 3. Se señala que algunos autores lo consideran una reserva mientras que otros, con los que coincide el relator Especial en su tercer informe, la consideran como una auténtica declaración interpretativa.

130 HORN. F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. p. 229. Cit. Tercer Informe. Doc. A/CN.4/491. Add. 4. p. 5.

"la calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinadapor el efecto jurídico que aquella tiene por objeto producir"131.

En el proyecto de Directriz 1.3.1 se establece el método para hacer tal distinción:

"Para determinar sí una declaración formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración".

La CDI la define define la declaración interpretativa en su Directriz 1.2. Se trata de una **declaración unilateral** hecha por un Estado o una organización parte en un tratado mediante la cual se propone no modificar o excluir los efectos jurídicos de una dispsoción o de una parte del tratado, si no de **precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a alguna de sus disposiciones.**

Desde luego, esa interpretación que intenta el Estado declarante no puede vincular a las otras partes en el tratado, a menos que ellos acepten de una u otra forma, tal interpretación.

Ahora bien, veamos en primer lugar, **quien puede formular** una declaración interpretativa. Al igual que en el ámbito de la conclusión de tratados y de la formulación de reservas, se ha concluido (Directriz 2.4.2) que una declaración interpretativa **deberá ser formulada por una persona a la que se considera que representa a un Estado a una Organización Internacional para la adopción o la autenticación del texto del tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o una OrganizaciónInternacional en obligarse por el tratado**.

El **momento** de la formulación de la declaración interpretativa es diferente a la que se acuerda a las reservas que deben ser formuladas al momento de expresarse el consentimiento. Las declaraciones interpretativas pueden ser formuladas en cualquier momento, como lo dice la Directriz 2.4.4de la Guia de la Práctica..

131 Informe de la CDI, 2005, Doc. A/60/10, p. 183.

Al igual que lo señalado antes en relación con las reservas, la declaración interpretativa es una "declaración unilateral" que puede ser **formulada conjuntamente o en forma concertada**, es decir, por dos o más Estados u organizaciones internacionales, lo que no afecta su carácter unilateral.

Estas declaraciones deberían ser formuladas por **escrito**, como las reservas, aunque no hay un acuerdo sobre si por tratarse de actos distintos no regulados en Viena, estas declaraciones puedan formularse verbalmente. En la Guia de la Práctica se deja abierta esa posibilidad en la Directriz 2.4.1, que dice:

> "Una declaración interpretativa debería formularse preferiblemente por escrito".

Distintamenter a lo que ocurre con las reservas, una parte puede formular una declaración interpretativa en el contexto de un tratado bilateral, lo que constituiría, según la Directriz 1.6.3 de la Guía, la **interpretación auténtica del texto.**

Los **efectos jurídicos de las declaraciones interpretativas** se relacionan con la interpretación del tratado, como dijimos antes. Precisar o aclarar las disposiciones del tratado, términos que se utilizan en la redacción de la Guía, significan precisamente interpertarlo. El Estado o la organización que formula una declaración interpretativa queda obligado por las disposiciones del tratado; se trata solamente de expresar su parecer acerca del sentido, lo que no necesariamente debe ser aceptado por las otras partes en el mismo. No es una modificación del tratado.

La Directriz 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa) dice concretamente que:

> "Una declaración interpretativa **no modifica las obligaciones resultantes del tratado**. Solo puede **precisar o aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones** y constituir,cuando proceda, un elemento que se ha de tener en cuenta en la**interpretación** del tratado de conformidad con la regla general deinterpretación de los tratados.
> 2. En la interpretación del tratado también se tendrán en cuenta, cuando proceda, las reacciones de aprobación u oposición a la

declaración interpretativa de otros Estados contratantes y organizaciones contratantes" (negrillas nuestras).

n. La entrada en vigor y la aplicación provisional del tratado

i. La entrada en vigor del tratado

La expresión "tratado en vigor" designa el momento inicial de **operatividad y eficacia** de la reglamentación incorporada en el texto de un tratado132. Los tratados entran en vigor y producen los efectos que las partes han convenido, una vez que se cumplan los requisitos exigidos para ello. El momento, en todo caso, es el acordado por las partes, como lo señala el artículo 24, parágrafo 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, que dice:

> "1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores".

Y, a falta de tal disposición o acuerdo,

> "2. … el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado".

Agrega el artículo 24 que:

> "3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
>
> 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o lafecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción del texto".

Las condiciones de entrada en vigor están determinada en cada tratado por los Estados que han participado en la negociación, bien sea en el texto mismo del tratado o de otra forma, como lo prevé el artículo

132 ROSENNE, Sh. *Treaties, Conclusion and entry into force*, EPIL, IV, 932.

24 citado. Supletoriamente, si no hay un acuerdo sobre ello, el tratado entrará en vigor cuando todos los Estados y organizaciones internacionales, si fuere el caso, hayan expresado en forma definitiva su consentimiento en obligarse por el mismo.

El **tratado bilateral** entrará en vigor cuando los Estados hayan perfeccionado su consentimiento que puede ser al momento de la firma o cuando se intercambien los instrumentos de ratificación, si fuere el caso, e incluso, en la fecha en que el mismo lo disponga que puede ser distinta al de la misma ratificación. En el caso de los **tratados multilaterales** la cuestión es más compleja. El tratado entrará en vigor cuando se deposite ante el depositario un número determinado de ratificaciones, adhesiones, aprobaciones o aceptaciones.

La CVDT69, por ejemplo, establece para su propia entrada en vigor, en el artículo 84, lo siguiente:

> "1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.
>
> 2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el trigésimo quintoinstrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión".

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas establece un mecanismo particular de entrada en vigor que incluye la ratificación de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y de la mayoría de los Estados signatarios. El artículo 110, establece esos efectos, en su párrafo 3, que:

> "La presente Carta entrará en vigor tan pronto como hayan sido depositadas las ratificaciones de la República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, y por la mayoría de los demás Estados signatarios…".

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es muy particular, en el sentido que se fijan reglas para su entrada en vigor, como texto; y su entrada en vigor en relación con los Estados partes, lo que incide, en este

último caso, en su competencia en relación con ese Estado, tema que examinamos detendiamente en la Parte III de esta publicación.

El artículo 126 del Estatuto de Roma señala que:

> "1. El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
>
> 2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión".

En los tratados multilaterales plurilaterales o **de acceso restringido,** el mismo—por lo general— entra en vigor cuando lo ratifican **todos los Estados negociadores**. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Briand-Kellog, del 27 de agosto de 1928, propuesto por el Ministro francés a su homólogo estadounidense quien solicitó la participación de otros Estados. En el Pacto se establece en su artículo 3 la**unanimidad** para que entrara en vigor. El artículo 3 en su primer párrafo dice que "el presente tratado será ratificado por las altas partes contratantes indicadas en el Preámbulo (...) y se hará efectivo entre ellas tan pronto como **todos los instrumentos de ratificación** hayan sido depositados en Washington." (negrillas nuestras)

El Tratado de Roma de 1957 establece igual condición en el artículo 247. El texto entrará en vigor cuando todos los Estados partes depositen el instrumento de ratificación ante el depositario, el Gobierno italiano.

Los tratados surten efectos, por lo general, después de su entrada en vigor. En el régimen de Viena introduce el principio de la **irretroactividad,** respecto a actos o hechos que han tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor del tratado de que se trate, excepto que una intención diferente se desprenda del tratado o de algún otro modo.

El artículo 6 de dichas Convenciones establece que:

> "Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados".

El **principio de la irretroactividad** de los tratados ha sido reconocido por la CIJ en varias de sus Decisiones, entre las cuales, en la relacionada con el Caso *Ambatielos*[133] cuando rechazó, en su Decisión Preliminar del 1ºde julio de 1952, la pretensión de Grecia de dar efecto retroactivo a un tratado de 1926 sobre actos que tuvieron lugar en 1922 y 1923. La Corte rechazó este planteamiento al afirmar que "aceptarla, sería conferir un efecto retroactivo al artículo 29 del tratado de 1926, mientras que el artículo 32 del mismo tratado enuncia que el tratado, lo que significa todas las disposiciones del tratado, entrará en vigor a partir de su ratificación. **Esta afirmación hubiera podido haber sido contrariada si hubiera existido una cláusula o una razón particular que permitieran una interpretación retroactiva**…"[134]. (negrillas neustras)

ii. Aplicación provisional del tratado

El tratado puede aplicarse provisionalmenteantes de su entradaen vigor, lo que no le debe asimilar a los acuerdos en forma simplificada, modalidad no solemne de concluir un tratado internacional, a lo cual se hizo referencia cuando examinamos la adopción de los tratados.

El artículo 25 de las Convenciones de Viena que regula la "**aplicación provisional**" del tratado, debe distinguirse de lo que regula el artículo 18 de dichas Convenciones, relacionado con la "**obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor**." Estas disposiciones, como bien se concluye en el debate preliminar llevado a cabo por la CDI en relación el tema, nuevo en la

---

133 Ver también el Caso de los *Fosfatos de Marruecos* (Italia/Francia), CPJI, Serie A/B Nº 74, p. 24; y el de las *Concesiones Mavrommatis* en Palestina (Reino Unido/Grecia), CPJI, Serie A, Nº 2, p. 34.

134 Rec. CIJ. 1952. p. 40.

agenda desde 2011, "aunque relacionadas entre sí puesto que ambas se refieren al período anterior a la entrada en vigor del tratado, deben dar lugar a dos regímenes jurídicos diferentes que debían ser tratados como tales." (Informe de la CDI, 2012, doc. A/67/10, p.114.)

Ahora bien, tal como lo establece el artículo 25-1 de las CVDT, el tratado podrá aplicarse provionalmente si las partes lo disponen o si los Estados negociadores han convenido de otro modo lo que puede ser mediante un acuerdo diferente, reflejado en un Protocolo adicional suscrito por las mismas partes o mediante un acuerdo de cualquier otra naturaleza. Esta norma que permite la aplicación provisional del tratado podría ser de Derecho Internacional consuetudinario.

Una limitación a esta aplicación provisional se incluye en la Convención de 1969, en particular en el párrafo 2, del mismo artículo 25 que dice textualmente que:

> "2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto"135.

La aplicación provisional del tratado va mas alla de la obligacion que tienen los estados partes en un tratado aun no ratificado o que no este en vigor, de no frustrar el objeto y el fin de dicho tratado. Aunque se ubican en la misma fase, es decir, en la fase anterior a la entrada en vigor del tratado, se trata de cuestiones distintas que stan reguladas por normas distintas.

i. Aplicación de los tratados

Varias cuestiones deben abordarse en relación con la aplicación de los tratados: (i) Los **principios fundamentales: *pacta sunt servanda* y la buena fe**; (ii) **aplicación temporal y en el espacio**; (iii) **efectos de los tratados en relación con terceros**; (iv) su **interpretación y su modificación, extinción y suspensión**; y, (v) la **aplicación de los tratados y el conflicto de normas.**

135Igual disposición se incluye en la CVDT de 1986.

i. Los principios fundamentales: *pacta sunt servanda* y la buena fe

Los Estados y las Organizaciones Internacionales, si fuere el caso, autolimitan sus competencias al contraer obligaciones internacionales, en el ejercicio pleno de su soberanía, como lo dijera la CPJI en el Caso *Wimbledon* (Decisión del 17 de agosto de 1923) al afirmar que "toda Convención (...) aporta una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido que ella imprime a ese ejercicio una dirección determinada. Pero, la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado"136.Pueden pues los Estados asumir obligaciones en relación con otros sujetos de Derecho Inetrnacional y esas obligaciones deben ser respetadas en base a la **buena fe** y al principio fundamental del derecho de los tratados ***pacta sunt servanda,*** dos principios distintos, ciertamente, pero íntimamente vinculados, entre sí, lo que se desprende del artículo 26 de la CVDT69 que señala que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

La jurisprudencia internacional he reconocido siempre el principio de la buena fe como fundamental en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Así, por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA),en el Caso de las *Pesquerías en la Costa Septentrional del Atlántico*, cuando expresa que el "principio de derecho internacional según el cual las obligaciones convencionales deben ser ejecutadas con una buena fe perfecta...". Además, precisa la CPA en esa misma decisión que "del tratado resulta una obligación en virtud de la cual el derecho de Gran Bretaña de ejercer su soberanía elaborando reglamentos está limitado a los reglamentos hechos de buena fe y sin violar el tratado"137.

El principio de la buena fe es expresado claramente, aunque referido solamente a la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2.2 en el que se señala:

---

136 CPJI, Serie A, Nº 1, p. 25.

137 RSA. Vol. XI, p. 188. Véanse otras decisiones de la CIJ, como la concerniente a los *Derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos* (Francia/Estados Unidos), CIJ. Rec. 1952, p. 212.

> "Los Miembros de la organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta".

La regla de la **buena fe** precede a la regla ***pacta sunt servanda*** en el sentido que ella se impone fuera de todo vínculo convencional y que ella preexiste a la conclusión de todo acuerdo internacional. La norma *pacta sunt servanda* —que implica que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un tratado en vigor— satisface una necesidad de seguridad jurídica, y ha sido transmitida a través del tiempo como una verdad evidente y universalmente aceptada138. No se podría decir que la regla de la buena fe sea sólo una aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Por el contrario, aplicada a un acuerdo internacional, la buena fe puede jugar el rol de una regla supletoria de *pacta sunt servanda*; la regla de la buena fe atenúa el rigor, determina el contenido y traza los límites de la regla *pacta sunt servanda*139.

El Diccionario de Derecho Internacional define la norma de *pacta sunt servanda* como un "principio general del Derecho Internacional en el que se fundamenta la obligatoriedad de los tratados. Del latín, los pactos deben ser respetados. La regla *pacta sunt servanda* es el principio fundamental del derecho de los tratados (CDI, Arts. comentados sobre el Derecho de los Tratados, 1966, p. 211, pár.1.5). Según la CVDT, los tratados son obligatorios para las partes y deben ser ejecutados de buena fe (art. 26)"140.

El principio adquiere una relevancia particular en el derecho de los tratados, como dijimos antes. Según una fórmula general de la Convención de Viena (art.18), ejecutar de buena fe significa "abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado"141.

La CIJ se pronunció sobre la necesidad de la existencia de una obligación para la aplicación de la regla *pacta sunt servanda*. En el Caso de la *Controversia fronterizaentre Camerún y Nigeria* la Corte decidió que

---

138 DIEZ DE VELASCO, Manuel. op.cit. p. 164.
139 ZOLLER, E. *La Bonne Foi en droit international public*. Pp. 47 y 48. Pedone. París. 1977.
140 Diccionario de Derecho Internacional, Ed. El Nacional, 2ª edición, Caracas, 2012.
141 DAILLIER , FORTEAU y PELLET, *Droit International Public*, cit. p. 239, pár. 139.

Camerún no estaba violando la norma de *pacta sunt servanda* al demandar ante la Corte a Nigeria, para resolver la controversia, pues no existía ninguna obligación por la cual Camerún debía recurrir a la negociación bilateral y no a la Corte Internacional de Justicia para resolver las conflictos fronterizos entre ambos Estados. La Corte aclara que la norma *pacta sunt servanda* se refiere a obligaciones existentes142.

La aplicación del principio *pact sunt servanda* es rígida. Los Estados y las organizaciones internacionales deben respetar sus compromisos internacionales y cumplirlos de buena fe. Las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen además en ese sentido que "una parte (en un tratado) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 (Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados."

ii. Aplicación de los tratados en el tiempo y en el espacio

El tratado surte sus efectos y los deja de producir en un determinado momento. En principio el tratado produce sus efectos **a partir de su entrada en vigor**, cuestión que vimos antes, por el tiempo que las partes convengan, lo cual está contemplado en ocasiones en el mismo texto. En caso de que no se prevea un tiempo determinado, el tratado estará en vigor hasta que se denuncie, lo que también está regulado en el tratado. Un tratado puede, como dijimos antes, tener —además—efectos retroactivos si así lo convienen las partes, no sólo mediante el mismo tratado, sino, mediante cualquier otro acto, lo que está establecido en el artículo 28 de las Convenciones de Viena que señala que:

> "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor el tratado para parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, **salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo**". (negrillas nuestras)

142CIJ. Rec. 1998, pár. 59.

Por otra parte, en principio, salvo que las partes dispongan otra cosa, el tratado **se aplicará en todo el territorio de las partes contratantes,** lo cual está recogido en el artículo 29 de la CVDT69 que señala:

> "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".

La cláusula federal, aspecto éste al que se ha hecho referencia con anterioridad, puede ser una excepción a esa aplicación general.

iii. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados

La regla general admitida es que **los tratados solamente obligan a las partes**. El **principio de la relatividad de los tratados** responde al voluntarismo en el que se fundamenta el Derecho Internacional aunque hoy, como expresamos al comienzo, hay una tendencia hacia una consideración más objetiva del mismo. El Estado puede, en efecto, resultar vinculado por normas en cuya elaboración no ha participado, pero ello se limitaría a una determinada categoría de normas, es decir, aquellas de interés común que conformarían el orden público internacional.

En algunos tratados constitutivos de organismos internacionales, como es el caso de la OMC, se precisa que una categoría específica de tratados, en este contexto los incluidos en el Anexo 4 del Acuerdo Constititivo de la Organziación "no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado." (Art. II-3 del Acuerdo de 1994).

La jurisprudencia ha reiterado este principio. Ningún Estado puede sin su consentimiento sentirse vinculado por un tratado del cual no es parte. En el Caso de *Isla de Palmas*, el Arbitro único Max Huber declaró que "parecía además evidente que los tratados concluidos por España con terceras potencias y que reconocían su soberanía sobre Filipinas no podían vincular a los Países Bajos" . El consentiminto del Estado para vincularse por un tratado es, en principio, esencial, como lo expresan las Convenciones de Viena. Un tercer Estado, es decir, un

Estado que no es parte en el tratado (art. 2-h), no puede adquirir derechos, ni asumir obligaciones sin su consentimiento, precisan dichos textos en su artículo 34, que dice textualmente que:

> "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado o una tercera organización sin el consentimiento de ese Estado o esa organziación."

Más tarde, en el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el Mar Caribe* entre Nicaragua y Colombia, la Corte dijo que "...si el acuerdo que Colombia ha firmado con Costa Rica y aquellos que ha concluido con Jamaica y Panamá conciernen a las relaciones jurídicas entre los Estados Partes en cada uno de esos instrumentos, ellos son en cambio *res inter alios acta* respecto de Nicaragua. En consecuencia, los derechos y las obligaciones de Nicaragua *vis a vis* Costa Rica, Jamaica o Panamá no podrían estar afectados por ninguno de esos acuerdos, que no pueden imponer obligaciones ni conferir derechos a Costa Rica, Jamaica o Panamá *vis a vis* Nicaragua..." (CIJ, Rec.2012, p.161, pár. 162).

Igual apreciación, aunque en forma menos rígida, se aplica a la **adquisición de derechos derivados de tratados concluidos por otros Estados.** Es decir, un Estado no puede prevalerse de un tratado en vigor entre otros Estados para obtener derechos o para ser objeto de obligaciones143.

Veamos enseguida los tratados mediante los cuales se imponen obligaciones a Estados no partes y tratados mediante los cuales se acuerdan derechos a terceros.

a. Tratados mediante los cuales se imponen obligaciones a terceros Estados

Las Convenciones de Viena son muy estrictas en cuanto a la posibilidad de **imponer obligaciones a un tercer Estado** sin su consentimiento, lo que se traslada, como veremos al régimen aplciable a los actos unilaterales del Estado. La regla general referida tiene sin embargo su excepción en el artículo 35 de dichas Convenciones que permiten que mediante un tratado concluido por otros Estados, un tercer Estado pueda quedar vinculado y que dice textualmente que:

---

143 BASTID, Suzanne. Op. cit. p. 143

"Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado (**o una tercera Organización Internacional**) si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación" (agregado en negrillas nuestro).

Se trata de una carga que **no puede presumirse**. La aceptación del tercer Estado debe ser **expresa y por escrito**. De manera que para que un tercer Estado pueda asumir una obligación originada por un tratado del cual no es parte se requiere, en primer lugar, que los Estados partes en el tratado tengan tal intención y que el tercer Estado lo acepte "expresamente y por escrito", modalidad que es más rígida que la planteada en el caso de los tratados que otorgan derechos a terceros Estados, como veremos luego.

El acuerdo colateral, como se le califica en la doctrina a esta relación jurídica entre dos o más Estados partes en un tratado y un tercer Estado, ha sido considerado por la jurisprudencia en algunas oportunidades.

Además del caso citado de *Isla de Palmas*, observamos el Caso de las *Zonas francas*, entre Suiza y Francia, en relación con el cual la CPJI indicó en su Decisión de 1932 que: "…en todo caso, el artículo 435 del Tratado de Versalles no es oponible a Suiza, que no es parte en el mismo, sino en la medida en que ella lo haya aceptado".

Más recientemente, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia reafirma tal posición cuando indica en su Decisión del 29 de octubre de 1997, que los Estados no miembros de las Naciones Unidas pueden"de acuerdo con el artículo 35 (…) comprometerse a respetar la obligación contenida en el artículo 29 (de su Estatuto) aceptándola expresamente por escrito"144.

b. Tratados mediante los cuales se acuerdan derechos a terceros Estados

A diferencia de lo antes expuesto en relación con la posibilidad de que se impongan obligaciones a un tercer Estado, las partes en un

144 Caso de las *subpoena*.IT-95-14-AR 108 bis, par. 26. cit. DAILLIER, FORTEAU y PELLET. op.cit. pár. 157. p. 267.

tratado pueden **acordar derechos a un tercer Estado o a una tercera organización internacional,** lo que se ubica en una relación menos rígida que la planteada antes en el caso de la imposición de obligaciones, sin que sea necesario que ella lo acepte en forma expresa y escrita. Se requiere, desde luego, el asentimiento pero, contrariamente a la imposición de obligaciones, se presume tal aceptación a menos que haya una indicación en contrario.

Dos cuestiones podemos examinar en este contexto: en primer lugar, la **estipulación en favor de terceros** y luego, la **cláusula de la nación más favorecida.**

i. Estipulación en favor de terceros

Tal como ya se ha indicado, el Estado o una organización internacional pueden adquirir derechos originados de un tratado en cuya elaboración no participó, tal como queda claramente reflejado en el artículo 36-1 de la CVDT69 de Viena que dice:

> "Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ellas las partes en el tratado tienen la **intención** de conferir ese derecho o a un grupo de Estados al cual pertenece, o bien a todos los Estados, y si el tercer Estado asiente a ello. El efecto jurídico no surte efectos por la sola intención de las partes de otorgar un determinado derecho en favor de un tercer Estado. Ese acto surte sus efectos una vez que ese tercer Estado **asienta** en ello, de la manera en que se indica en el artículo citado". (Negrillas nuestras)

El artículo 36-2 prescribe, en relación con las organizaciones internacionales, en términos similares que:

> "Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para una tercera organización si con ella las partes en el tratado tienen la **intención** de conferir ese derecho a la tercera organización o a un grupo de organizaciones internacionales al cual pertenezca, o bien a todas las organizaciones, y si la tercera organización **asiente** a ello. Su asentimiento se regirá por las reglas de la organización".

Se plantea ahora, si una vez que el tercer Estado asume la obligación o el derecho que se le acuerda, los mismos pueden ser modificados, suspendidos o revocados unilateralmente por los Estados o si por el contrario, se requiere el consentimiento del tercer Estado.

Desde luego, como dijimos, si estamos ante una relación convencional, el acuerdo que se produce requeriría para cualquier modificación, del consentimiento del tercer Estado. Es decir, los Estados partes en el tratado no podrían retirar, en principio, el derecho conferido en forma unilateral y aceptado por el tercer Estado, sino con el consentimiento del tercer Estado. Tampoco podría el tercer Estado desvincularse de la obligación que asumió sin la participación de los Estados partes en el tratado y sin el consentimiento del tercer Estado, en los términos en que se precisan en el artículo 37 de las Convenciones de Viena que separa cuidadosamente ambos regímenes, al establecer:

> "1. Cuando de conformidad con el artículo 35 se haya originado una obligación para un tercer Estado (o una tercera Organización Internacional), tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado (o de la tercera Organización Internacional), a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto.
>
> 2. Cuando de conformidad con el artículo 36 se haya originado un derecho para un tercer Estado, tal derecho no podrá ser revocado ni modificado por las partes si consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuere revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado (o de la tercera Organización).
>
> 3. El consentimiento de una organización internacional parte en el tratado (o de una tercera organización), previsto en los párrafos precedentes, se regirá por las reglas de esa organización."

ii. Cláusula de la Nación más Favorecida

En lo que respecta a **la cláusula de la nación más favorecida** podemos observar que se trata de una relación que generalmente se ubica, aunque no necesariamente, en el ámbito de las relaciones comerciales y de las inversiones extranjeras. Se trata de una las instituciones más comunes de la práctica convencional por la cual un Estado garantiza a otro, todas las ventajas que el primero acuerde ulteriormente a otro145. Con la Cláusula se busca evitar la discriminación.

145REUTER, Paul. op.cit. p. 98.

Es el caso, por ejemplo, cuando dos Estados A y B concluyen entre ellos un tratado relativo a las tarifas aduaneras aplicables a los productos provenientes de sus territorios respectivos. Las partes en el tratado insertan una cláusula por la cual, con o sin condiciones, con o sin reciprocidad, uno de ellos se beneficiará de las tarifas más favorables que el otro pueda conceder, mediante otro tratado, a un tercer Estado C146.

Desde luego, estamos ante una **cláusula convencional** mediante la cual se acuerdan beneficios a terceros que igual que en el caso anterior, deben ser aceptados para que el compromiso adquirido por los Estados partes en el tratado, pueda surtir efectos en relación con ese tercer Estado.

En las relaciones comerciales multilaterales, la Cláusula está consagrada en el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), de 1947, reafirmado en el nuevo GATT de 1994 que dice: " 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, **cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.**" (negrillas nuestras)

En la práctica bilateral se trata de la inclusión de una clásula relativa al tratamiento que una parte da a un tercero, del cual debe beneficiarse la otra parte. Así, por ejemplo, entre muchos, aunque concretamente en el ámbito de la protección de las inversiones, en el cual las decisiones de tribunales arbitrales del CIRDI han marcado pautas muy importantes, el artículo IV del Acuerdo Bilateral de

146DAILLIER, FORTEAU y PELLET. op. cit, pár. 158. pp. 267-268.

Inversiones entre Argentina y España, en el que se precisa en su artículo IV-2 que " en todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país."

El alcance de la cláusula ha sido discutido en diversas ocasiones por tribunales internacionales, como el de la *Anglo-iranian Oil Co,* (jurisdicción); el de derechos de los *Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* y *Ambatielos* (fondo: obligación de arbitrar), entre otros. En el marco de las controversias relativas a la inversiónm que veremos más adelante, se ha discutido el alcance de los efectos de la cláusula a las normas relativas a la solución de controversias. Así, en su Decisión del 25 de enero de 2000, el tribunal arbitral creado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) concluyó que "si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellosdel tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiariode la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protecciónde inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio..." (Pár.56).

iii. Obligaciones a terceros Estados derivadas de tratados de los que no son partes

Si bien en base al voluntarismo antes referido, un Estado no puede ser obligado sin su consentimiento, existen situaciones que permiten que en determinadas circunstancias, ese Estado resulte vinculado por una norma contenida en un **tratado del que no es parte,** aunque obviamente no es por la vía convencional; o, por **normas contenidas en tratados denominados objetivos.**

a. Normas consuetudinarias

De acuerdo con el artículo 38 de las Convenciones de Viena, algunas reglas pueden convertirse en normas consuetudinarias, después de la elaboración de un tratado. También se ha considerado que el tratado de que se trate codifique una norma existente de derecho consuetudinario lo que significaría que la costumbre ha sido objeto de una labor de codificación. En estos casos, precisan las Convenciones de Viena, un tratado puede contener obligaciones a cargo de otros Estados sin que ellos hayan tenido que expresar su consentimiento en la forma en que se plantea en el artículo 35, antes comentado.

Un Estado puede no ser parte de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; ello no impide que algunas de sus disposiciones puedan obligarle, ya que las mismas son de Derecho Internacional consuetudinario o general, como resulta en el caso de las reglas relativas a la interpretación, que veremos más adelante, sobre las cuales la Corte ha señalado en varias ocasiones que son de origen consuetudinario y que por lo tanto vinculan a los Estados independientemente de su participación en la Convención. Igual apreciación se puede hacer en relación con algunas de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que constituyen normas de Derecho Internacional consuetudinario, como sería el caso del concepto Isla, al cual se refiere la CIJ en su Decisión en relación con la *Delimitación terrestre y marítima en el mar Caribe*, a lo que nos referiremos más adelante, en forma detenida.

El artículo 38 de la CVDT dice textualmente, lo que es aplicable a la organización internacional, (Art.38 CVDT86) que:

> "Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional, reconocida como tal".

b. **Regímenes convencionales objetivos**

Por otra parte, siempre en el contexto de los tratados que pueden contener obligaciones a terceros Estados, se observan los **tratados que crean situaciones objetivas.** En algunos casos, el *status* establecido por

un tratado ha sido reconocido como obligatorio para los Estados no partes, por que se ha creado una situación objetiva147.

Entre esos textos debemos citar el *Tratado Antártico*, elaborado por doce Estados en 1959, que organiza la desmilitarización de esa región y expresa la idea de un gobierno internacional de hecho. Este tratado contiene normas que aunque elaboradas por un grupo de países, establece un régimen aplicable a terceros Estados. Tal como lo señala parte de la doctrina "no habría dudas en cuanto a si sería contrario al Derecho Internacional el acto de un Estado no parte en el Tratado mediante el cual pretende establecer su soberanía sobre una parte de ese territorio148.

Se trata, como lo han señalado algunos, de los efectos *erga omnes* de algunas convenciones o tratados internacionales que de alguna manera regulan situaciones de interés común. Desde luego, y eso afecta esta determinación, la apreciación de que se trata de asuntos de interés común es muy subjetiva lo que puede permitir que algunos países más poderosos que otros impongan algunas situaciones y por ello obligaciones "ilegítimas" a la carga de otros Estados, sin duda mas débiles. Son los desequilibrios propios de un sistema en el que si bien, como hemos dicho, la igualdad jurídica de los Estados es una regla válida y necesaria, la desigualdad es una realidad que impera y que de alguna manera influye en la elaboración y en la concepción misma del Derecho Internacional.

j. Relación de los Tratados con otras normas

Finalmente, en el contexto de la aplicación de los tratados, debemos abordar una cuestión de particular relevancia como es el **conflicto entre diversas normas jurídicas**, como el que puede existir entre una norma convencional derivada de un tratado y otras normas internacionales, cuestión que también intenta resolver el régimen de Viena aplicable a los tratados.

147 BASTID, Suzanne. op.cit, p. 153.
148 Idem. pp. 153-154.

Un tratado, sin duda, no puede ser considerado ni interpretado sin considerar la posibilidad de que se pueda plantear un conflicto con otra norma jurídica, sea de origen consuetudinario, convencional o unilateral. En ese contexto examinaremos varias situaciones: **la aplicación de un tratado en relación con tratados posteriores**; **la aplicación de un tratado en relación con una norma de derecho consuetudinario**; la **aplicación de un tratado en relación con una resolución de una organización internacional** y **la aplicación de un tratado en relación con un acto unilateral.**

i. Aplicación de un tratado en relación con tratados posteriores

El examen de la aplicación de un tratado ya existente en relación con un **tratado posterior** podría hacerse conjuntamente con la interpretación y la terminación de los tratados que veremos luego; sin embargo, en el contexto de la aplicación de los tratados, debemos hacer referencia a lo que sucede cuando un Estado suscribe un tratado ulterior sobre la misma materia, con otro Estado.

La cuestión sobre la aplicación de un tratado ulterior, concluido por las mismas partes, se centra en la aplicación del principio *lex posterior derogat priori* (Del latín, la ley posterior deroga la ley anterior). Según el Diccionario de Derecho Internacional, este principiose traduce en que "una norma de conflicto que determina, entre dos normas que regulan la misma situación, cuál de ellas debe ser aplicada en base a su posterioridad: la adopción de la misma en un momento posterior hace presumir que, conociendo la norma anterior, las partes en cuestión hayan querido poner la norma anterior a un lado"149.

En algunos casos, el tratado prevé la aplicación de normas sucesivas, pero cuando ello no se resuelve en el mismo tratado, se aplica el artículo 30 de las Convenciones de Viena que recogen este principio. En el párrafo 3, en particular, de la CVDT69 se establece que:

> "Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, **el tratado anterior se**

149 Diccionario de Derecho Internacional, cit. 2ª edición, Ed. El Nacional, Caracas, 2012.

aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior".(negrillas nuestras)

De acuerdo con la práctica constante de los Estados, esta regla no es sino una ilustración de los principios aplicables para la modificación o la abrogación de los tratados (…) y, en particular, a la regla según la cual todos los Estados partes en el primer tratado pueden modificarlo o abrogarlo por un acuerdo posterior, expreso o tácito150.

La aplicación de este principio en el contexto de tratados sucesivos no es sencilla. En efecto, al decir del Relator Especial de la CDI sobre el tema de la Fragmentación del Derecho Internacional, M. Koskenniemi, "en ciertas circunstancias puede parecer inaceptable la aplicación de una norma posterior cuando esta norma posterior está contenida en un tratado cuyas partes no son las mismas que las partes del tratado anterior, si se trata de tratados bilaterales o tratados multilaterales, si el ámbito de regulación de ambos tratados es coincidente, entre otros"151.

Estas dificultades pueden evidenciarse en la existencia de casos en los que la conclusión posterior de un tratado se ha considerado violatoria del tratado anterior. Así, por ejemplo, la CPJI declaró en su Decisión en el caso de *Unión Aduanera austro-alemana (1931)* que "el proyecto de tratado sobre la Unión Aduanera entre Alemania y Austria violaba el Tratado de Versalles de 1919 y su Protocolo de 1922"152.

La situación varía, si las partes son las mismas en el tratado anterior y en el tratado posterior o si distintamente, las partes no son las mismas en ambos tratados. El artículo 30 de la CVDT69, referente a la "aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia" establece —al igual que la CVDT86— que:

> "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas153, los derechos y las obligaciones de los

150 DAILLER, FORTEAU y PELLET, *Droit International Public*, cit. pár. 173, p. 297.

151 CDI, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (M. Koskenniemi), 2006, UN Doc. A/CN.4/L. 682, pár. 226 y ss.

152 Serie A/B, No. 41 (1931), p. 42.

153 Agregado del autor. El artículo 103 de la Carta dice:
"En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud

Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinará conforme a los párrafos siguientes:

2. Cuando un tratado especifique que está **subordinado** a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, **prevalecerán las disposiciones de este último.**
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, **el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado anterior.**
4. **Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:**
   a. En las relaciones entre los dos Estados en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
   b. En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en que los dos Estados sean partes.
5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyasdisposicionesseanincompatiblesconlasobligaciones contraídas con respecto a otroEstadoenvirtuddeotrotratado". (negrillas nuestras)

Dos cuestiones distintas se plantean, entonces, en este contexto:

a) tratados sucesivos suscritos por las mismas partes

Esta situación está contemplada en el párrafo 3 del artículo 30 antes citado, referido a tratados suscritos sobre la misma materia y no es más que la expresión del principio *lex posterior derogat priori*. En ese caso, entendiéndose que el tratado sigue aplicándose, es decir, que no ha sido

---

de cualquier convenio internacional, prevalecerán las obligacionesimpuestas por la presente Carta".

terminado ni suspendido, en virtud del artículo 59, el tratado anterior se aplicará "en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior".

Es también posible en este contexto que se aplique el principio *lex specialis derogat generali* (la ley especial deroga la general), según el cual "cuando dos o más normas tratan de la misma cuestión, deberá darse precedencia a la que sea más específica. Este principio es aplicable en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados, entre un tratado y una norma no perteneciente a un tratado y entre dos normas no pertenecientes a un tratado (Informe del grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, CDI, 2006, *Derecho de Paso,* CIJ, Rec. 1960, p. 44 y *Actividades Militares y Paramilitares*, CIJ, Rec. 1986, p. 137)"154.

Una **norma particular** —se agrega en el Diccionario de Derecho Internacional— puede derogar una **norma general** anterior si las condiciones previstas en el artículo 41.1 de la CVDT69 son verificadas, sea porque la posibilidad de tal modificación está prevista en el tratado inicial (ver artículo 73.2, de la CVRC de 1963) sea porque la modificación es compatible con los derechos y las obligaciones de todos los Estados partes en el tratado inicial y con el objeto y el fin de ese tratado".

b) tratados sucesivos en que las partes no son las mismas

En este segundo supuesto, la cuestión se presenta más compleja, como dijimos antes. Las relaciones jurídicas varían. Cuando los Estados A y B suscriben un tratado y una de ellas suscribe un tratado ulterior con otro Estado C, las relaciones entre los dos primeros se rigen por el párrafo 3, mientras que las relaciones entre A o B con C se regirán solo por el tratado en que los dos sean partes.

En las relaciones con los otros Estados se aplica el principio del **efecto relativo de los tratados,** porque al menos una de las partes está vinculada solamente por un tratado, resultándole el otro inoponible. En estos casos, es decir, cuando se trate de una situación entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sea sólo parte en uno de ellos, como bien se establece en el inciso b), del párrafo 4, "los

154Diccionario de de Derecho Internacional, cit. 2ª edición. Ed. El Nacional. 2012.

derechos y obligaciones recíprocas se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes".

Ahora bien, cuando **el tratado posterior no es compatible con el tratado anterior** se plantea otra situación. El tratado anterior priva sobre el tratado posterior, lo que hace que el Estado esté obligado a ejecutarlo por el principio de buena fe, recogido en el artículo 26, de las Convenciones de Viena, ya referido. Se estaría entonces, ante un acto internacionalmente ilícito. En consecuencia, el comportamiento ulterior del Estado comprometería su responsabilidad internacional en relación con el Estado con el cual concluye el tratado posterior.

Un hecho ilícito puede plantearse por la realización de un acto jurídico, como es este el caso; es decir, cuando un tratado ulterior es contrario a un tratado anterior. Se trata de dos tratados aparentemente válidos pero sólo uno de ellos puede ser ejecutado. La ejecución del tratado ulterior constituye una violación del Derecho Internacional, lo que haría nacer la obligación de reparar esa violación.

La jurisprudencia ha reconocido la primacía del tratado anterior en varios de sus casos, como por ejemplo, en el Caso del *Régimen aduanero entre Alemania y Austria*, cuando la CPJI consideró que "el Protocolo de Unión Aduanera austro-alemán del 19 de marzo de 1931 era incompatible con un acuerdo anterior, el Protocolo de Ginebra del 4 de octubre de 1922, por el que Austria se había comprometido a no afectar la independencia económica por el otorgamiento de ventajas especiales o exclusivas a cualquier otro Estado"155.

ii. El tratado y la norma consuetudinaria

Una segunda cuestión que se plantea es la **relación que existe entre una norma convencional y una norma de origen consuetudinario o de Derecho Internacional general,** a lo cual también se hizo referencia antes. El tratado y la costumbre son, como es sabido, fuentes independientes entre las cuales no existe ninguna relación jerarquizada, aunque el juez pueda dar prioridad a la aplicación del tratado por su claridad. Un tratado puede derogar una norma

155 Opinión del 5 de septiembre de 1931. CPJI. Serie A/B. Nº 41. p. 53. Cit. DAILLIER, FORTEAU y PELLET. op. cit. Párrafo 173, p. 299.

consuetudinariay a la inversa, una norma de esta naturaleza puede derogar un tratado.

Un tratado puede contener una norma de derecho consuetudinario y ella seguirá regulando las relaciones entre las partes, incluso si el tratado no está más en vigor entre ellas. Igualmente, un tratado puede modificar una norma de origen consuetudinario, así como también servir de base para la elaboración de una norma consuetudinaria que se impone a los terceros Estados y subsistirá como tal, incluso si el tratado caduca (Art. 43 de las Convenciones de Viena). De la misma manera, el tratado puede ser también declaratorio de una norma consuetudinaria.

La cuestión de la incompatibilidad de un tratado con una norma del *jus cogens* es también importante en este contexto. A ello nos referimos antes cuando examinamos las causales de nulidad del tratado por su colisión con una norma imperativa o del *jus cogens* o por el surgimiento ulterior de una norma de esta naturaleza, como se consagra claramente en las Convenciones de Viena.

iii. El Tratado y una resolución de una Organización Internacional

Otro supuesto que puede plantearse es la relación del tratado con una resolución de una organización internacional que, desde luego, sea considerada vinculante desde el punto de vista jurídico. Al examinar el valor jurídico de las resoluciones internacionales señalamos que las mismas podían reiterar la existencia de normas de derecho consuetudinario pero también dar inicio al proceso de creación de una norma de esta naturaleza. Esta relación entre la resolución, como fuente de Derecho Internacional, y la costumbre es distinta a la relación que puede plantearse entre ella y un tratado.

¿Qué sucede si mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas se modifica, se suspende o se revoca una norma convencional? La situación es verdaderamente complicada y merecería una profunda reflexión. En todo caso, esa resolución que modifica, suspende o revoca un tratado internacional puede ser considerada como un acto jurídico convencional que refleja el acuerdo de las partes en modificar la relación convencional entre ellas en relación con ese

texto en particular. No es posible, porque no hay una práctica al respecto, ni los tribunales lo han considerado, afirmar que una resolución de esta naturaleza es ilícita porque contraviene un tratado anterior o es modificadora de un instrumento anterior. En todo caso, puede surgir una relación de responsabilidad internacional, derivada del incumplimiento de alguna de las normas de que se trate, dado que si su contenido es contradictorio y se trata de normas obligatorias en ambos casos, el Estado estará vinculado por su incumplimiento.

iv. **El Tratado y un Acto Unilateral**

Una última cuestión que se plantea en cuanto a este tema es la relación del tratado con un acto unilateral. Por supuesto, estamos en este caso ante el acto unilateral que no se ubica fácilmente en la relación convencional, es decir, debe tratarse de un acto ajeno al derecho de los tratados como la firma, la ratificación, la denuncia, la reserva, entre otros.

Se plantea la relación que puede haber entre un acto unilateral autónomo y el tratado. ¿Puede un tratado modificar un acto unilateral formulado antes por un Estado que se hace parte ulteriormente en un tratado? Y, a la inversa, ¿puede un Estado parte en un tratado modificar, enmendar o revocar un tratado por un acto unilateral posterior al tratado? La relación entre ambos actos y los efectos que puede producir esa relación de actos sucesivos dependerá de la naturaleza del acto unilateral, es decir, si mediante el mismo se amplían las obligaciones del tratado anterior o si se disminuyen.

Un acto unilateral puede ser, sin duda, modificado por un tratado posterior en el que participa el Estado autor y el o los destinatarios. Por la conclusión de ese tratado, sin embargo, no se podrían afectar los derechos que hubiese podido adquirir un tercer Estado. En ese caso se requerirá el consentimiento del tercer Estado, beneficiario de un derecho que se le otorga mediante ese acto unilateral.

Si se trata de un **acto unilateral posterior a un tratado**, habría que distinguir varias situaciones. Si el **acto es contrario al tratado** y afecta los derechos del Estado o los Estados partes en el tratado, estaríamos ante un acto internacionalmente ilícito que plantea la responsabilidad

internacional y sus consecuencias. Un Estado no puede deshacerse de sus compromisos internacionales mediante un acto unilateral sino bajo ciertas condiciones. En la práctica podemos ver varios ejemplos, entre ellos, la declaración rusa formulada en 1870 en relación con el Tratado de París de 1856. El principio de que un Estado no puede abandonar unilateralmente sus compromisos derivados de un tratado fue confirmado en el Protocolo de Londres de 1871, adoptado por las potencias europeas, ante la intención de Rusia de desvincularse unilateralmente de las obligaciones que se derivaban del Tratado de Paris de 1856, en el que las Partes concluyeron que: "... era un principio esencial del Derecho de Gentes que ninguna potencia podía desvincularse de los compromisos de un tratado, ni modificar las estipulaciones convenidas, sino luego del asentimiento de las partes contratantes mediante un entendimiento amistoso".

Por otra parte, el **acto unilateral posterior puede ser válido y producir sus efectos jurídicos** si mediante éste, el Estado autor del acto no disminuye o desconoce las obligaciones contraídas antes sino que las aumenta en su relación con las partes en el tratado antes concluido. En este caso, desde luego, no se requeriría el consentimiento del o los Estados partes en el tratado anterior, pues estaríamos en este caso, ante un acto unilateral en estricto sentido, tal como lo veremos luego. Las afirmaciones antes hechas en relación con los principios *lex posterior derogat priori* y el de *lex specialis derogat legi generali* se aplicarían, en este contexto, en la medida en que sea pertinente.

k. Interpretación de los tratados

La interpretación es un ejercicio, una operación intelectual, generalmente jurisdiccional que no excluye la interpretación de uno a mas de las partes en un tratado, fuera del contexto de una controversia juridica, cuestión a la que se aludió cuando vimos las declaraciones interpretativas en relación con un tratado que un Estado formula para dar un sentido a los términos o una parte de dicho tratado. Esta operación intelectual, sea jurisdiccional o no, busca establecer la voluntad de las partes. La interpretación consiste en lograr el sentido

exacto y el contenido de la regla de derecho aplicable en una situación dada156.

Por lo general las partes que tienen dudas en cuanto a la interpretación de un texto jurídico internacional recurren a un trecero, frecuentemente al juez o al árbitro, para que precise el sentido y el alcance de una de sus disposiciones. Pero esto no es en todos los casos. A veces los Estados, acuerdan esta facultad a un órgano de una organización internacional, como es el caso de la OMC en cuyo Acuerdo Constitutivo, de 1994, las partes en facultan al Consejo General de la Organización, realizar una interpretación. (Art. IX-2 del Acuerdo de 1994).

La interpretación de los tratados, de los acuerdos internacionales, es usualmente una de las motivaciones principales de las controversias internacionales. En la mayoría de los textos internacionales se observa la inclusión de una cláusula relativa a la solución de **las controversias que puedan plantearse en relación con la aplicación o la interpretación del tratado.** Una disposición que por lo general señala que "las controversias que puedan surgir por la interpretación o la aplicación (del tratado) serán solucionadas mediante…".

Las Convenciones de Viena establecen un régimen determinado de interpretación, en sus artículos 31 y siguientes. La regla general reposa en el ya mencionado **principio de la buena fe**, básico del Derecho Internacional, especialmente del Derecho de los Tratados. El artículo 31 de dichas Convenciones señala que:

> "los tratados deben ser interpretados de **buena fe**, según el sentido ordinario que se pueda atribuir a los términos del tratado, en su contexto y a la luz de su objeto y fin". (negrillas nuestras)

La regla principal de interpretación de los tratados es de origen consuetudinario, como lo ha señalado la Corte en varias ocasiones, en particular en los Caso de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*157y en el de la *Controversia territorial* entre la Jamahiriya árabe libia y Chad158, razón

156DAILLIER, FORTEAU y PELLET. op. cit. Pár. 162, p. 276.
157CIJ. Rec. 2007 (I), p. 109-110, par. 160.
158 CIJ. Rec 1994, pár.41, pp: 21-22.

por lo cual las aplicaría independientemente de que las partes en una controversia sean o no partes de la Convención de Viena de 1969, cuestión a la que hicimos referencia antes.

En el Caso de los *Derechos de navegación y derechos conexos,* en relación con el río San Juan, que opuso a Costa Rica y Nicaragua, la Corte indicó a este respecto que "la circunstancia de que Nicaragua no sea parte en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) no puede impedir a la Corte referirse a los principios de interpretación enunciados en los artículos 31 y 32 de dicha Convención".159 De la misma manera se expreso, aunque de manera implícita, la Sala para la Solución de Controversias de los Fondos Marinos, del Tribunal del Mar, en su Decision en el Caso *Volga160*; y, expresamente, en el Asunto de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona* cuando señaló que "...esas reglas debían ser consideradas como que reflejan el Derecho Internacional consuetudinario".161 Este carácter ha sido también reconocido por el Organo de Apelación de la OMC (Ver Caso de la *Gasolina*: Venezuela/Brasil contra Estados Unidos, 1998).

La interpretación en cualquier órgano de solución de controvrsias debe hacerse en el marco del Derecho Internacional Público y sus reglas generales. En el Caso de las *Sardinas* , por ejemplo, el Organo de Apelación de la OMC señaló que " el artículo 31 de la CVDT forma parte del Derecho Internacional General y como tal forma parte de las normas usuales de interpretación que el Organo de Apelación está obligado, en virtud de artículo 3-2 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), a aplicar para aclarar las disposiciones del Acuerdo General y de los demás "acuerdos abarcados" del Acuerdo de Marrakech. No se peude leer el Acuerdo de 1994 aislándolo clínicamente del Derecho Internacional Público."

El **texto del tratado** es el objeto fundamental de toda interpretación. El texto refleja mejor la intención de las partes. Allí, como veremos, el "intérprete" examina los términos, las expresiones,

159 CIJ. Rec.2009, p.237, pár.47.
160 Caso Volga, TIDM, Rec.2002, p.10, pár.77.
161Opinión del 1 de febrero de 2011, pár.57.

las relaciona con otras partes del tratado, incluso con tratados anteriores y conexos y, también, con la prácica sea ella anterior o ulterior. Los tribunales internacionales han examinado con detenimiento en varios casos, los términos o expresiones y el sentido que dan las partes, incluso a recurrido al examen gramatical de algunas expresiones de un texto para determinar e sentido que una de las partes daba al término. En el Caso de la *Plataforma continental del mar Egeo* ante la CIJ, Grecia planteó el sentido que daba a algunos términos del Acuerdo de 1928 que había argumentado como base de la jurisdicción del tribunal. (CIJ.Rec.1978, pp:21 y ss, párs. 50 y ss; ver también Decisión el Caso de la *Anglo-iranian Oil Co.,* CIJ, Rec.1952, p.104).

A veces el intérprete recurre al Diccionario, en la búsqueda dal sentido del término de que se trate. Sin embargo, este recurso no es en todos los casos estrictamente válido. En el Caso de *Estados Unidos-Ley de Compensación* (Enmienda Byrd) el Organo de Apelación de la OMC recordó que "los diccionarios son guias importantes para la definición de las palabras que figuran en los acuerdos e instrumentos jurídicos, pero no formulaciones concluyentes a su respecto." (Ver también Caso *Estados Unidos-Video juegos,* pár. 164 y Nota 191).

En el Caso antes citado del Rio San Juan, entre Costa Rica y Nicaragua, la Corte examinó con detenimiento la expresión con **objetos de comercio**, incluida en el artículo VI del Tratado de Límites entre los dos países, del 15 de abril de 1858, en los siguientes términos: "La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río de San Juan desde su salida del Lago, hasta su desembocadura en el Atlántico; pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo, con **objetos de comercio**, ya sea con Nicaragua ó al interior de Costa Rica por los ríos de San Carlos ó Sarapiquí, ó cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder á esta República. Las embarcaciones de uno ú otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin

cobrarse ninguna clase de impuestos, á no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos".

Para Nicaragua, la expresión se traduce en francés como *avec de marchandises de commerce* y en inglés *with article of trade*s. El término "objeto" debe entenderse, según Nicaragua, en el sentido concreto del término, en el sentido material del término. El derecho a la navegación estaría solamente referido a transporte de "objetos" en ese sentido. Para Costa Rica, el término se refiere a la finalidad, de objetivos por lo que para Costa Rica, el derecho debe ser considerado en la forma más amplia que abarque personas e incluso turistas.

La Corte no considera que deba darse una interpetación restrictiva al término por cuanto representa un límite a la soberanía que el Tratado confiere a Nicaragua sobre el rio. Tampoco acepta la tesis de Nicaragua de que se trata de "objetos de comercio" y no de "fines" por cuanto "la significación de "con mercancías" o "con artículos" privaría el sentido de conjunto de la frase en la cual esas palabras se insertan.162 La interpretación defendida por Costa Rica permite dar al conjunto de la frase un sentido coherente, lo cual debe verse también al sentido que se da al término "objetos" en otros artículos del Tratado, como el artículo VIII. El término "objetos de comercio" en el sentido que daba Nicaragua a la expresión en el artículo VI, había sido incluida en un Tratado (Cañas-Martínez) que no fue ratificado pero que demuestra que las partes se referían a "objetos de comercio". Para la Corte, la frase incluida en este último texto : "artículos de comercio"demostaría que cuando las partes, en la época, querían designar los bienes materiales que daban lugar a operaciones de commercio, recurrían a una distinta a "objetos de comercio" presentando la ventaja de no dejar lugar a la ambiguedad."163

Es ciert que según las Convenciones de Viena, se debe dar a los términos del tratado **el sentido que normalmente tienen**, siempre en el contexto (Preámbulo, anexos, actos y acuerdos ulteriores) del tratado y teniendo en cuenta su objeto y su fin; pero, el mismo regime de Vienano descarta que los Estados puedan otorgarle un **sentido específico**, según lo establece el párrafo 4 del artículo 31. Un término

162 CIJ.Rec.2009, p.29, pár.52.
163Misma Decisión,p.30, pár.55.

puede, pues, tener un sentido distinto al que usualmente se le otorga "si esa es la intención de las partes., como vimos antes n el contexto del Caso del Rio San Juan entre Nicaragua y Costa Rica.

Es posible que en dos o más tratados se incluyan **disposiciones idénticas o similares**. En estos casos, la interpretación que se debe dar a los mismos no es necesariamente idéntica. En el Caso de la *Fábrica MOX*, entre Irlanda y Reino Unido, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su Providencia del 3 de diciembre de 2001, relacionada con la adopción de medidas provisonales solicitadas por Irlanda, señaló que "la aplicación de las reglas de Derecho Internacional en materia de interpretación de tratados en disposiciones idénticas o similares de diferentes tratados puede no conducir a resultados idénticos, en virtud, especialmente, de las diferencias entre sus contextos, objetos y objetivos respectivos, de la práctica ulterior de las partes y de los trabajos preparatorios".164

El intérprete debe considerando de **buena fe** el **sentido de sus términos y en forma lógica,** es decir, que el resultado de la interpretación no conduzca a un resultado irracional y absurdo, como lo indica la misma Convención.

Pero, desde luego, el examen del tratado, de sus términos, podría no ser suficiente para concluir un ejercicio de interpretación, como vimos en casos antes referidos. Si mediante la interpretación del texto no se logra precisar el alcance de los compromisos que pretenden las partes establecer mediante ese tratado, el intérprete debe recurrir al **contexto** que abarca además de los **textos, el Preámbulo y sus Anexos; todo acuerdo relacionado con el tratado y acordado por todas las partes y todo instrumento establecido por una o varias partes en el tratado al momento de la conclusión del tratado y aceptado por las otras partes en tanto que instrumento relacionado con el tratado**165. Mas alla, el interprete debe considerar la practica ulterior de los Estados, ya que de ella se puede también extraer o confirmar el sentido de un termino o de una expresión.

164Providencia del Tribunal Internacional de Derecho del Ma,del 3 de diciembre de 2001, pár.51.

165 REUTER, Paul. *Introduction au droit des traites*, cit, p. 89.

Asi, además del contexto, en los términos referidos y reflejados en las Convenciones de Viena, se tomará en cuenta para el ejercicio de la interpretación, todo **acuerdo ulterior** al que pudieren llegar las partes en relación con la interpretación o la aplicación del tratado y **toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual se establece el acuerdo de las partes acerca de la interpretación**. En el Caso reciente de la *Isla Kasikili/Sedudu*, en relación con el cual la Corte conoce la frontera entre Botswana y Namibia, el tribunal aborda los distintos actos ulteriores al Tratado anglo-alemán de julio de 1890 para fundamentar su decisión del 13 de diciembre de 1999, en la que reitera, además, para fortalecer lo antes expresado en relación con el carácter de estas normas de la Convención, el valor del derecho consuetudinario del artículo 31 de la CVDT69, de la cual no eran parte los dos Estados.

Las Convenciones de Viena de 1986 y de 1969 prevén los **medios complementarios** de interpretación, en su artículo 32, cuando se señala que el intérprete puede recurrir a ellos:

> "... especialmente a **los trabajos preparatorios** y a las **circunstancias en las cuales el tratado ha sido concluido**, con miras a confirmar el sentido exacto de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación a) Deja el sentido ambiguo y oscuro o b) Conduce a un resultado que es manifiestamente absurdo o irracional" (negrillas nuestras).

El recurso a los **trabajos preparatorios y a las circunstancias** es procedente sólo cuando se requiere. Es decir que si los términos del tratado y las reglas generales permiten interpretar el tratado, no es necesario recurrir a estos medios complementarios, como lo indicó la Corte en el Caso de la *Condiciones de admisión a la Naciones Unidas*, cuando concluyó que: "…no es necesario recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de una Convención es suficientemente claro"166.

En el Caso de la *Controversia territorial*, entre la Jamahiriya Arabe Libia y Chad la Corte examinó detenidamentre los trabajos preparatorios, además del objeto y del fin del tratado expuestos en el

166CIJ Rec. 1947-1948, p. 63.

Preámbulo. Las conclusiones a las que llegó la Corte en esa oportunidad quedan reforzadas aún más por un examen del contexto del Tratado, en particular en la Convención de Buena Vecindad, entre Francia y Libia, cocnertada entre las partes, así como por los **trabajos preparatorios**. 167

Un punto que se plantea en relación con la interpretación es si al momento de la interpretación, el intérprete debe ubicarse en la **fecha de la conclusión del tratado o en el momento en que deba ser interpretado**, cuestión que no es resuelta por las Convenciones de 1969 y de 1986. La CIJ ha adoptado posiciones diversas en dos de sus Casos. Así, en elCaso del *Sudoeste africano*, consideró que debía ubicarse en 1920168. En el citado Caso de la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte al tratar de establecer la frontera entre los dos países consideró que la práctica a la que se refería Namibia no era pertinente para interpretar el tratado anglo-alemán de 1890 por que entonces ese hecho no tenía ninguna relación con la determinación de la frontera.

Finalmente, observamos que **la interpretación es una operación que debe ser eficaz.** La regla del **efecto útil** es aceptada en este contexto. Según esta regla "el intérprete debe suponer que los autores del tratado han elaborado una disposición para aplicarla. Debe, entonces, escoger entre varios sentidos posibles, el que permita su aplicación efectiva169. Así lo ha señalado la Corte en varias ocasiones. En el Caso del *Estrecho de Corfú*, en particular, el tribunal indicó que: "Sería en efecto contrario a las reglas de interpretación generalmente reconocidas de considerar que una disposición de este género, incluida en un compromiso, sea una disposición sin contenido y sin efecto".170

Anes, en el Caso de las *Zonas francas de Alta Savoya y del pais de Gex*, la CPJI aplicó el principio al afirmar entonces que: "... en la duda, las cláusulas de un compromiso por el cual se le pide a la Corte que conozca una controversia deben, si ello no violenta los términos, ser

167 CIJ. Rec. 1994, pp:21 y 22, pár. 41. Ver: Resumen de los Fallos de la CIJ, Vol. I.
168 CIJ. Rec. 1966, p. 23. Cit. DAILLIER y PELLET.
169 DAILLIER, FORTEAU y PELLET, op. cit, pár. 169, pp. 284-285.
170 CIJ. Rec. 1949, p. 24.

interpretados de manera que permita a sus cláusulas rendir sus efectos útiles".171

l. Modificación de los tratados

La regla fundamental que rige esta materia, aplicable tanto a los acuerdos bilaterales como a los multilaterales, es que **la modificación o enmienda de un tratado es posible sobre la base de la voluntad de las partes en el tratado**, objeto, por lo general, de una cláusula expresamente incluida en el propio tratado.

La enmienda o la modificación de un tratado es una cuestión que no se presenta fácil en todos los casos, particularmente cuando algunos Estados partes en el tratado quieren mantenerlo igual. Ejemplo de ello, los Tratados de Paz de 1919, uno de los grandes temas políticos del período entre guerra. Alemania, como se recordará, planteó insistentemente esta revisión, encontrando una fuerte oposición de algunas otras potencias, entre ellas Francia, que exigía, además, el cumplimiento estricto de las obligaciones que se derivaban de los tratados de 1919. Finalmente, Alemania declaró unilateralmente estar desvinculada de las obligaciones que se derivaban del Tratado en materia militar, desmilitarización del lado izquierdo del Rhin, cláusulas fluviales, lo que evidentemente crearía la tensión que conocemos y que precedió el estallido de la segunda guerra mundial.

Después de 1945 la situación evolucionó en favor de una mayor flexibilidad en cuanto a las posibilidades de enmienda o modificación de los tratados. La creación de organizaciones internacionales con base en tratados multilaterales universales, permitió la inclusión de cláusulas precisas en cuya redacción, por lo general, participan los órganos de la Organización.

Las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 se refieren a la "enmienda y modificación de un tratado" en sus artículos 39 a 41. El término "revisión" que había sugerido la CDI en su proyecto fue rechazado en la Conferencia, quedando la mención a estos dos términos que tendrían un significado diferente. Las Convenciones

171 CPJI, Serie A No 22, p.13.

utilizan el término "enmienda" para referirse a una modificación que interesa a todas las partes, mientras que "modificación" se utilizaría cuando hay un acuerdo entre algunas partes en el tratado, sólo cuando el régimen del tratado es transformado por la práctica de los Estados172.

El termino "modificación" estaría solamente en relación con la modalidad planteada en el artículo 41, lo que se puede desprender de los títulos de los artículos de esta Parte de las Convenciones de Viena. En todo caso, para algunos autores, los términos "enmienda", "modificación" y "revisión" tienen un mismo significado jurídico173.

La regla general de la enmienda y la modificación de tratados recogida en la CVDT69 (Igual en la CVDT86), está contenida en el artículo 39 que dice que:

"Un tratado puede ser enmendado por acuerdo entre las partes".

El tratado puede ser modificado, además, por otros modos distintos al convencional antes aludido.

En primer lugar, un tratado puede ser modificado por la **práctica ulterior** de las partes en el mismo, aunquen ello no se recoja en las Convenciones de Viena. La CDI había presentado una propuesta completa sobre esta modalidad de la modificación, pero fue rechazada por la Conferencia de Viena "para no legalizar la violación de los tratados como resultado de su aplicación". La propuesta de la Comisión estuvo basada en la decisión de la CIJ sobre *La Interpretación del Acuerdo Bilateral en materia de transporte*, cuando al admitir que el tratado de 1946 entre Francia y Estados Unidos, habría sido modificado en algunos aspectos por la práctica ulterior, señaló que: "Tal conducta puede, en efecto, ser considerada no simplemente como un medio útil a los fines de la interpretación del acuerdo, sino como algo más, a saber, como una fuente posible de una modificación posterior que emana de ciertos actos o de ciertas actitudes y que afectan la situación jurídica de las partes y los derechos que cada una de ellas podría legítimamente hacer valer".

---

172 BASTID, Suzanne. op. cit. p. 173.
173 DAILLER, FORTEAU y PELLET. op. cit. pár. 186. pp. 323-324.

Por otra parte, aunque en la CVDT69 ello este referido sólo a la extinción de un tratado, el surgimiento de una norma imperativa de Derecho Internacional (*jus cogens*) puede modificar un tratado. En efecto, una norma imperativa puede modificar una disposición o una parte del tratado y no necesariamente todo el tratado. De manera que, visto de esta manera, de una extinción parcial del tratado, puede haber por esta vía la modificación del tratado sin que la voluntad de las partes sea decisiva.

Los artículos 40 y 41 de la Convención de 1969 establecen un sistema supletorio de enmienda y modificación de los tratados multilaterales. La Convención distingue las enmiendas que se plantean entre todas las partes y las modificaciones al régimen general que se realiza entre algunas de las partes.

Los párrafos 2 a 5 del artículo 40 de dicha Convención establecen el régimen de enmiendas a un tratado multilateral en el que el principio reposa en la participación de todos los Estados partes y en la voluntad de ellos incluso, para modificar el régimen de enmienda.

Las enmiendas a un tratado pueden ser planteadas por cualquier Estado parte ante el depositario y ellas serán negociadas por todos los Estados partes, en principio, y entrarán en vigor cuando así lo acuerden las partes en el tratado que acepten el texto enmendado, como lo prevé el artículo 40-5 de la Convención de 1969. El texto resultante, por otra parte, será el texto que las partes adopten en un proceso similar al de la adopción de un tratado.

La relación jurídica entre las partes es compleja. Los Estados partes en el texto enmendado están obligados en base a ese nuevo texto, pero la relación de ellos con los Estados partes en el texto anterior que no ratificaron el texto enmendado, es diferente. La complejidad del mecanismo de revisión responde a la naturaleza misma del tratado.

m. Terminación y suspensión de los tratados

El tratado surte efectos desde el momento en que las partes manifiestan su consentimiento en obligarse por el tratado, como lo vimos anteriormente; y, mientras esté vigente, en relación con las

partes. Sin embargo, el tratado no es ni puede ser considerado eterno, al menos en términos generales.

El tratado puede ser terminado o tomar fin, es decir, dejar de producir sus efectos jurídicos en forma definitiva entre las partes, o ser suspendido en su aplicación, lo que plantea situaciones ditintas con efectos jurídicos igualmente distintos.

La **terminación** del tratado supone el fin del mismo en forma definitiva, es decir, la desvinculación definitiva del Estado de las obligaciones que se derivan del mismo, mientras que la **suspensión**, concepto que no se define en las Convenciones de Viena, significa la **interrupción tempora**l o **provisonal** de la aplicación de un tratado, llevada a cabo por una de sus partes, en sus relaciones con todas o algunas de las demás".174

En principio, como bien lo señala el artículo 70 de la CVDT69, el fin de un tratado "libera a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado"(Párrafo1-a) y "no afecta ningún derecho, ninguna obligación, ni ninguna situación jurídica de las partes, creada por la ejecución del tratado antes de que terminara" (Párrafo 1-b).

Ahora bien, el tratado puede ser terminado o suspendido por voluntad de las partes o cuando ocurren circunstancias particulares, ajenas a la voluntad de las mismas, como veremos enseguida.

i. La terminación y la suspensión de los Tratados por acuerdo entre las partes

Es claro en Derecho Internacional que, en principio, el Estado sólo puede desvincularse de sus obligaciones contractuales internacionales, el base al consentimiento de las partes interesadas. Las reglas relativas a la extinción o fin del tratado y a su suspensión están contenidas en los artículos 54175 y 57176 de la CVDT69. En ambas disposiciones se

---

174HUESA VINAIXA, R., La suspensión unilateral de los tratados internacionales: el marco normativo, Cursos Euromediterráneos de Derecho Internacional, Bancaja, Vol. XI y XII, p. 769, 2007/2008.

175Artículo 54: Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes:
La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

consagra el principio de que el tratado puede terminarse o suspenderse "solamente sobre la base del acuerdo de todos los Estados partes expresado en el mismo tratado o en cualquier momento", lo cual había sido antes recogido en la Convención de La Habana de 1928 sobre el derecho de los tratados, ya mencionada.

La terminación o la suspenson unilateral, no conforme en consecuencia con el Derecho Internacional, puede generar la responsabilidad internacional del Estado, como bien lo dijo la CIJ en su Decisión en el Caso *Gabcikovo-Nagymaros* cuando precisó que: "Es en consideración del derecho de los tratados que se determina si una convención está o no en vigor y si ella ha sido o no suspendida o denunciada regularmente. En cambio, es en consideración del derecho de la responsabilidad de los Estados que hay que apreciar en que medida la suspensión o la denuncia de una Convención que podría ser incompatible con el derecho de los tratados, compromete la responsabilidad del Estado que ha procedido a ello".177

ii. El fin del tratado por la denuncia de una de las partes o el retiro en el marco multilateral

La **denuncia** y el **retiro** son **formas convencionales** de poner fin a un tratado. Se trata de actos unilaterales autorizados por el tratado o por acuerdo entre las partes o por el surgimiento de algunas circunstancias.

Los tratados son concluidos, por lo general, como hemos dicho, por **tiempo indeterminado**, aunque muchos, es cierto, tienen una cláusula de **limitación en el tiempo** que puede ser por un período de

---

a. Conforme a las disposiciones del tratado; o
b. En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

176 Artículo 57: Suspensión de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes:
La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada:
a. Conforme a las disposiciones del tratado o
b. En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes".

177 CIJ. Rec. 1997. p. 47.

años determinados o hasta una fecha precisa, como sería el caso, en ese último contexto, del Tratado relativo al Canal de Panamá que debía expirar el 31 de diciembre de 1999, según el Acuerdo del 7 de septiembre de 1977. Las partes, sin embargo, pueden poner fin al tratado mediante actos unilaterales permitidos por el mismo tratado. El Estado puede denunciar un tratadeo o retirarse de mismo, sin contrariar el Derecho Internaciona, mediante actos unilaterales permitidos por este.

A veces, el tratado **no incluye una cláusula expresa** relacionada con la terminación, la denuncia o el retiro, situación que resulta regulada por el artículo 56 de la Convención de Viena que señala:

> "1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o e retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro, a menos:
>
> a. Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
>
> b. Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.
>
> 2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación, su intención de denunciar un tratado o de retirarse de el conforme al párrafo 1".

De manera que si un tratado no contiene una norma relativa a su terminación, el mismo no podrá terminar "sino por los motivos enumerados limitativamente en la Convención"178. En principio, entonces, un tratado no podrá ser denunciado o una parte retirarse de él, si no contiene una cláusula que lo permita, a menos que se pueda constatar que la intención de las partes era permitirlo o si se desprende esa posibilidad de la naturaleza misma del tratado. La intención de las partes y la naturaleza del tratado pueden permitir la terminación de un tratado por la denuncia o el retiro.

El objeto del tratado es determinante en cuanto a la posibilidad de que el mismo pueda ser o no denunciado por una de las partes. Algunos tratados, en efecto, por su propia naturaleza, **no pueden ser objeto de un retiro o de una denuncia,** como sería el caso de los

178 CIJ. Rec. 1997. párrs. 47 y 100.

Tratados de Paz o de delimitación, situación muy distinta a la que se puede plantear con los tratados de cooperación o de alianza política o militar que por su propia naturaleza pueden ser objeto de tal acción por una de las partes. Se trata, sin duda, de instrumentos coyunturales que regulan una situación en el tiempo.

El retiro o la denuncia de un tratado en el caso de un **acuerdo bilateral** desvinculan al Estado que la formula, de sus obligaciones convencionales con el otro Estado y el tratado deja de producir sus efectos jurídicos. En el caso del **tratado multilateral**, si bien el el Estado que denuncia el tartado deja de tener relaciones jurídicas con los demás Estados o al menos ellas quedanb afectadas por esa decisión, el tratado sigue existiendo y sigue estando en vigenci en relación con los otros Estados partes en el mismo.

Es importante subrayar que la denuncia de un tratado desvincula al Estado autor de sus obligaciones en relación con las otras partes, derivadas del tratado; pero, no de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional consuetudinario o general. Asi, por ejemplo, un Estado que denuncie las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados no dejará de estar vinculado, por ejemplo, como ya hemos visto, con las reglas relativas a su interpretación que, como lo dijo la misma Corte en varias de sus Decisiones, son normas consuetudinarias. En algunos instrumentos internacionales, como la CNUDM, se hace esta precisión. Así, en el artículo 317 (párrafo 3) antes referido, se precisa que "la denuncia no afectará en nada al deber del Estado Parte de cumplir toda obligación enunciada en esta Convención a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención".

En la práctica se han planteado denuncias unilaterales derivadas de situaciones políticas difíciles como la denuncia en 1976, por Egipto, del Tratado de Amistad y Cooperación suscrito con la URSS en 1971; la denuncia por Irak, en 1979, del tratado de delimitación y buena vecindad con Irán de 1975; la denuncia por Irán, en 1979, del Tratado de Amistad y Asistencia mutua de 1955, todos los cuales se inscriben en

situaciones de crisis que afectaban la paz y la seguridad internacionales179.

iii. Imposibilidad de cumplir con las obligaciones del tratado

Ahora bien, independientemente de la voluntad de las partes, el tratado puede ser terminado o suspendido por razones distintas, ajenas a la voluntad de las mismas, es decir, por **circunstancias no previstas en el tratado**: **violación del tratado por una de las partes, conflicto armado y el surgimiento de una norma consuetudinaria**. Además, y esto nos ubica también fuera de la voluntad de las partes, un tratado puede ser suspendido por la **imposibilidad de ejecución**, **cambio de circunstancias** que lo hacen inaplicable y el **surgimiento de una norma imperativa de derecho internacional.**

La **imposibilidad de ejecutar un tratado** conduce por definición a su no aplicación, pero ello solo a condición que la imposibilidad sea real. La CDI cuando elaboró el proyecto de artículos destacó ejemplos importantes de la "desaparición o destrucción definitiva de un ojeto indispensable para el cumplimiento del tratado"como el sumergimiento de una isla o de un río, o la destrucción de una represa, entre otros.

El artículo 61 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 establece textualmente, en su párrafo 1 que:

> "Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir con un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de el si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspenderla aplicación del tratado".

Este artículo se refiere al objeto del tratado lo que pareciera relacionarse con el aspecto físico. Sin embargo, una concepción más amplia se requiere. Ese objeto estaría constituido, además, por las obligaciones en su conjunto que instituye el tratado.

a. Violación del tratado por una de las partes

179 BASTID, Suzanne. op. cit. p. 203.

Un Estado puede dejar de estar vinculado por un tratado, si este no es observado por la otra u otras partes en el mismo. El principio general que rige la materia es el *inadimplenti non est adinplendum* lo que traduce que una parte que no cumple con sus obligaciones derivadas de un contrato no puede exigir a la otra parte cumplir esas obligaciones.

El artículo 60 de la Convención de 1969, que recoge la norma de derecho consuetudinario180, al señalarse que:

1. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:
   a. A las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:
      I. En las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o
      II. Entre todas las partes.
   b. A una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;
   c. A cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.
2. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:
   a. Un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención;
   b. La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.
3. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.
4. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en

180CIJ. Rec. 1971. p. 47. "Las reglas del artículo 60 representan la codificación del derecho consuetudinario existente…"

tratados de carácter humanitario, en particular, a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por los tratados".

El caso que se plantea en esta disposición se limita a las **violaciones graves**, definidas en el párrafo 3 transcrito. La jurisprudencia ha considerado en varios casos estas violaciones como fundamento para alegar dar por terminado o para suspender la aplicación total o parcial de un tratado. Tal es el Caso *Tacna-Arica*, entre Chile y Perú en el que el árbitro señaló que "era manifiesto que si los abusos administrativos podían tener por efecto terminar el tratado, habría que probar que esos abusos creaban una situación tan grave que impediría la realización del acuerdo (…) la existencia de una situación de tal gravedad no estaba demostrada"181.

El recurso que se plantea en el artículo 60 antes transcrito no es automático. Se trata de una "facultad" del Estado que considera que la otra parte ha violado en forma grave sus obligaciones.

En el párrafo 2 del mismo artículo se presenta el régimen aplicable a los tratados multilaterales, otorgándose la facultad de proceder a las partes —en forma unánime— a una parte especialmente perjudicada y a cualquier parte que no sea el Estado autor de la violación.

Dos **excepciones** se plantean en los párrafos 4 y 5. La primera, en relación con las disposiciones de los tratados aplicables en caso de violación, es decir, a lo que se refiere la CIJ en su Decisión en relación con el Caso del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, cuando señaló que: "Ninguna violación del tratado cometida por una u otra de las partes podría tener por efecto impedir a esta parte invocar las disposiciones del tratado relativas a la solución pacífica de controversias".

La segunda excepción se refiere a las disposiciones relativas a "la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario"en particular, agrega "a las disposiciones que

181 Rec. Sentencias Arbitrales. R.S.A. II. 1925.p. 921.

prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados"182.

b. No aplicación del tratado por conflictos armados

Un conflicto armado internacional tiene, sin duda, efectos en los tratados entre las partes involucradas. La CDI no incluyó en su proyecto de 1968 sobre el derecho de los tratados una norma en relación con esta cuestión, para evitar el debate sobre temas complejos como el relativo al uso de la fuerza reglamentado por la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, a solicitud de Hungría, Polonia y Suiza, se incluyó en la Convención de 1969 esta referencia en el artículo 73 que dice que:

> "Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional del Estado o de la **ruptura de hostilidades entre Estados**". (Negrillas nuestras)

Evidentemente, el artículo se refiere a la no aplicación de tratados por conflictos armados internacionales. Se admite, en general, que los tratados bilaterales concluidos entre Estados involucrados en un conflicto armado internacional terminan en la medida en que ellos son concluidos para ser ejecutados en tiempos de paz o en el contexto de relaciones "normales" como los relativos al comercio, al establecimiento de relaciones económicas o financieras183. Alguna jurisprudencia, incluso interna, ha examinado esta cuestión, como sería el caso de los acuerdos entre Francia e Italia, examinados por la Corte de Casación de Francia, en 1947. El tribunal consideró entonces que el Acuerdo entre los dos países había caducado y por lo tanto no se aplicaba a los ciudadanos italianos, por el inicio de la guerra.

Desde luego, el principio enunciado no puede afectar determinados tratados que por su propia naturaleza no pueden considerarse caducos o terminados por esa situación, como sería el caso de los tratados relativos a situaciones territoriales, de delimitación y de fronteras, en particular. En cuanto a los tratados multilaterales se observa que sí bien

182 CIJ. Rec. 1980. p. 28.
183 BASTID. Suzanne. op. cit. p. 213.

ellos pueden dejar de existir entre las partes en el conflicto, algunos, también por su propia naturaleza, como los relativos a la guerra misma, no pueden terminar y dejar de producir sus efectos jurídicos.

El tema de los **efectos de los conflictos armados en los tratados** fue examinado por la Comisión de Derecho Internacional entre 2004 y 2011, adoptando entonces un Proyecto de Artículos que tienden a regular de alguna manera, esta situación.184 La Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota del proyecto de artículos en su sesión de 2011.185 y decidió que el mismo fuese de nuevo considerado en la 69 sesión de la Asamblea General (2015) "con el fin de examinar, entre otras cuestiones, la forma que se podría dar a los artículos".186

La Comisión define el tratado en los mismos términos que las Convenciones de Viena. El conflicto armado, por su parte, lo define en el artículo 2-b (términos empleados) como:

> "...una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados".

El Principio general que se recoge en el Proyecto de Artículos (Art.3) es que:

> "la existencia de un conflicto armado no da lugar *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación: a) entre los Estados parte en el conflicto; b) entre un Estado parte en el conflicto y un Estado que no lo sea".

Tal como dijéramos antes, **no todos los tratados son terminados o suspendidos en caso de un conflicto armado.** El Proyecto de artículos adoptado por la CDI remite a las reglas de interpretación de las Convenciones de Viena aplicables a los tratados, para determinar si los mismos son susceptibles o no de tal suspensión o terminación.

184 Informe de la CDI a la Asamblea General, 2011, A/66/10, pp: 185-233.
185Res. 66/99.
186Párrafo 4 de la misma resolución

Hay una serie de tratados que por la materia que tratan no podrían ser objeto de suspensión o terminación por el estallido de un conflicto armado.

El Artículo 6, relativo a los "Factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión" señala que:

> "Para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión en caso de conflicto armado deberán tenerse en cuenta todos los factores pertinentes, entre otros:
>
> a) la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado; y
>
> b) las características del conflicto armado, tales como su extensión territorial, su escala e intensidad, su duración y, , en el caso de conflictos armados no internacionales, elgrado de Participación externa".

No pueden ser suspendidos o terminados, en efecto, según la lista indicativa que se anexo al Proyecto, una serie de Tratados en caso de un conflicto armado. En particular:

a) Tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario; b) Tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o un estatuto permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los tratados en que se establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas; c) Tratados multilaterales normativos; d) Tratados en materia de justicia penal internacional; e) Tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos relativos a derechos privados; f) Tratados para la protección internacional de los derechos humanos; g) Tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente; h) Tratados relativos a cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas; i) Tratados relativos a acuíferos e instalaciones y construcciones conexas; j) Tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales; k) Tratados relativos a la solución internacional de controversias por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la mediación, el arbitraje y el arreglo judicial; l) Tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares.

Los Estados, sin embargo, si bien estarían desvinculados del tratado, como conjunto de normas acordadas, seguirían obligados en base a las normas de derivadas del Derecho Internacional general, independientemente de ese tratado, a lo que se refiere el articulo 7 del Proyecto que dice concretamente que:

> "La terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación como consecuencia de un conflicto armado **no menoscabarán en modo alguno el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sujeto en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado**". (negrillas nuestras)

Finalmente, el Estado que participa en el conflicto que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte o suspender su aplicación "deberá notificar esa intención al otro Estado parte o los otros Estados partes en el tratado, o al depositario del tratado" tal como regulado en el artículo 9 del Proyecto.

El Estado parte en el conflicto puede declarar seguir vinculado por el tratado o haber actuado de tal manera que signifique tal aceptación. En estos casos, no puede ulteriormente desvincularse de sus obligaciones, derivadas de ese tratado (Proyecto de artículo 11). Nada impide, por otra parte, que Estados involucrados en un conflicto armado puedan concluir acuerdos entre ellos o con terceros. De ninguna manera se cuestiona la capacidad del Estado por esta circunstancias.

c. La aplicación de los tratados en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas

La **ruptura de relaciones diplom**áticas puede tener también incidencias en relación con la aplicación de un tratado. Tal como lo establece el artículo 63, esta situación no deberá afectar la relación jurídica entre los Estados partes en un tratado "salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado".

De manera que las partes en el tratado que hayan roto o suspendido sus relaciones diplomáticas, no pueden invocar este hecho o esta situación, en principio, para dejar de aplicar los tratados

concluidos entre ellos, con la salvedad referida en el artículo 63 antes mencionado.

d. Cambio fundamental de circunstancias o aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Se supone, y así está consagrado en principios reconocidos de Derecho Internacional —*Homs conventio intelligitur rebus sic stintibus*— que **la situación que prevalece al momento de la conclusión del tratado continuará siendo la misma**. Se supone que **todo tratado tiene implícitamente esta cláusula** que permite, en principio, poner fin a la aplicación del tratado, por el **cambio fundamental de circunstancias**. Se entiende, para justificar la vigencia de esta cláusula, que se plantea una incompatibilidad entre la realidad del momento —que es distinta a la que prevalecía cuando se concluyó el tratado— y los términos del tratado, lo que hace que el tratado sea considerado caduco. Esta es una realidad muy factible en las relaciones internacionales, lo que fue siempre considerado por la doctrina y recogida en la CVDT69 (mismo artículo CVDT86) que dice:

> "1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes, no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de el, a menos que:
>
> a. La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
>
> b. Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.
>
> 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
>
> a. Si el tratado establece una frontera; o
>
> b. Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega; de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado".

Un Estado puede invocar el cambio de circunstancias de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 transcrito, para dar por terminado un tratado lo que supone, en el caso de que la otra parte no plantee una controversia por incumplimiento de las obligaciones del otro Estado o que así lo decida un órgano jurisdiccional, la creación de un vacío jurídico. El régimen jurídico establecido en el tratado desaparece sin que sea sustituido por otro régimen adaptado a las circunstancias187.

No se trata, sin embargo, de cualquier cambio en las circunstancias. Se trata de un cambio **fundamental** de circunstancias que, como lo establece el inciso a), del párrafo 1, del citado artículo 62, "constituya una base esencial del consentimiento de las partes…" y que ese cambio, como lo prevé el inciso b) de esa misma disposición, "tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado".

Los tribunales internacionales, en especial la CIJ, han considerado en varias oportunidades la invocación de esta cláusula. Así, en el Caso de la *Competencia en materia de pesquerías* y, más recientemente, en el Caso *Gabcikovo-Nagymaros*.

La Corte de La Haya consideró en el primer caso la pretensión de Islandia al aludir cambios respecto a su posición jurídica sobra la jurisdicción en materia de pesquerías. Su argumento parecía ser que, como la cláusula compromisoria era el precio que Islandia había pagado en su momento por el reconocimiento por la República Federal de Alemania del límite de las doce millas, el (…) reconocimiento general de ese límite constituía un cambio de las circunstancias jurídicas que liberaba a Islandia de su compromiso. La Corte señaló que, por el contrario, como Islandia había obtenido beneficios de las partes ya ejecutadas del Acuerdo, estaba obligada a cumplir su parte del trato. La Corte señaló entonces que se admite en Derecho Internacional que si

187BASTID, Suzanne. op. cit. p. 209.

una modificación fundamental de las circunstancias que indujeron a las partes a aceptar un tratado transforma radicalmente la amplitud de las obligaciones asumidas, ese hecho puede, con ciertas condiciones, proporcionar a la parte afectada la base para invocar la cancelación o la suspensión del tratado (…). No puede decirse que el cambio de circunstancias alegado por Islandia haya modificado el alcance de la obligación188.

En el Caso *Gabcikovo-Nagymaros* Hungría presentó cinco argumentos para justificar la rescisión del Tratado de 1977 relativo a la construcción y al funcionamiento del sistema de esclusas Gabcikovo-Nagymaros , mediante notificación del 19 de mayo de de 1992, entre los cuales, la modificación del cambio de circunstancias. La Corte estimó en su Decisión que las condiciones políticas no estaban tan estrechamente vinculadas al objetivo y propósito del tratado como para constituir una base esencial del consentimiento de las partes, de manera que, al cambiarlas se modificara radicalmente el alcance de las obligaciones que aún había que cumplir. La Corte consideró entonces, en su Decisión del 25 de seteimbre de 1977, que "Hungría no tenía derecho a suspender y posteriormente abandonar, en 1989, las obras del proyecto Nagymaros y de parte del proyecto Gabcikovo".189

e. Surgimiento de una norma imperativa de derecho internacional general o del *jus cogens*

Finalmente, como causa de terminación de un tratado, tenemos el surgimiento de unan norma de Derecho Internacional imperativo, es decir, de normas del *jus cogens* que resultan de principios o de normas de Derecho Internacional consutudinario, nunca surgidas de la via convencional. Se trata de normas superiores, aunque no se haya establecido una jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional. Estas normas conforman el denominado orden publico internacional y son de alcance universal; buscan proteger los interses comunes de la humanidad; limitativas de la voluntad de las partes; inderogables en

188 Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (R. F. de Alemania e Islandia). Decisión del 2 de febrero de 1973. Resumen de Decisiones y Opiniones citado. p. 118.

189 Resumen de los Fallos de la CIJ, Vol. III, p.1.

consecuencia, aunque modificables por la misma dinámica de las relaciones internacionales.

Las normas del *jus cogens* surgen, no se elaboran convencionalmente. Desde luego, una de las dificultades mayores que genera su inclusion en el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados, es que no hay un mecanismo para determinarlas, es decir, para verificar su existencia. No hay una lista de normas de esta naturaleza, aunque se entiende que ellas responden a los intereses de la humanaidad, como serian las relativas a los derechos humanos, la proteccion del ambiente o sobre el no recurso a la fuerza. La jurisprudencia de los tribunales no han favorecido su dterminaqcion. Hasta ahora la Corte de La Haya, si bien se ha referido a las obligaciones *erga omnes* de las cuales evidentemente difieren, como veremos, nolas ha nunca mencionado, lo que es lamentable como lo dice Pellet en su presentación en el Colquio *Quel droit internatinal pour le 21e siecle?* (p. 133, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2007).

Las normas imperativas se distinguen de las obligaciones *erga omnes*, es decir, aquellas que deben ser respetadas, por el interes que protegen, por todos los Estados, como bien lo estableciera la CIJ en 1970, en el caso de la *Barcelona Traction* (CIJ, Rec.1970 pars: 33-34) y lo reiterara mas adelante, como vimos antes, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, en el Caso *Furundzija* (*Prosecutor v. Furundzija,* TPIY, 2002, 121, International Law reports, 2002).

Tal como lo dice la CDI en sus Comentarios al proyecto de articulos sobre la Responsabilidad de los Estados, segun el Diccionario de Derecho Internacional (Ed. El Nacional, 2012): "Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un pequeño número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atenciones esencialmente en el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento – es decir, desde el punto de vista de los presentes artículos, en tener derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Teniendo en cuenta esta diferente orientación, conviene reflejar las consecuencias de los dos conceptos de dos maneras distintas. En primer lugar, las violaciones

graves de obligaciones contenidas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. En segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto" (Anuario de la CDI, 2001, vol. II, segunda parte, pp. 281 y 282).

En todo caso, si bien todas las normas imperativas son *erga omnes*, todas estas son normas imperativasm o del *jus cogens.* Una confusion , sin embargo, sigue prevaleciendo en la doctrina en relación con la determinación de estas normas de Derecho Internacional, las imperativas y las *erga omnes,* incluso en la mmisma Corte de La Hsaya, desde 1970 y en la CDI, como loestaca Pellet en el Coloquio arriba citado (p.132).

Todo tratado que contradice una norma imperativa es nulo, incluso si esa norma surge después de concluido el tratadoa; el tratado en custion deja, como resultado de ello, de producir sus efectos jurídicos.

n. El registro y la publicación del tratado. Funciones del depositario

i. El registro y la publicación de los tratados: régimen de la Carta de Naciones Unidas

El sistema de **registro y publicación** de los tratados internacionales está previsto en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, cuestión que había sido tratada antes en el Pacto de la Sociedad de Naciones, en su artículo 18.

El Pacto de la Sociedad de Naciones no le reconocía fuerza jurídica al tratado no registrado, mientras que la Carta de las Naciones Unidas se limita a retirar el **derecho de prevalecerse de ellos ante los órganos de Naciones Unidas**, cuando no se han registrado. La Corte de La Haya ha sido muy discreta en relación con los efectos del no registro de un tratado. En particular. En el Caso de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein,* la Corte reitera que "... la falta de

registro o el registro tardío (...) no tiene consecuencias respecto a la validez misma del Acuerdo (...) no obliga menos a las partes..."190

La cuestión está regulada en el artículo 102 de la Carta señala que:

> "1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertado por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas".

La Asamblea General de las Naciones Unidas estableció más tarde un régimen de aplicación del artículo 102, en las resoluciones 97 (I), del 14 de noviembre de 1946, modificado luego por resoluciones 364 (IV), del 1 de diciembre de1949 y 482 (V) del 12 de diciembre de 1950.

Este régimen es confirmado en el artículo 80, párrafo 1, de la CVDT69(Art.81 de la CVDT86) que dice:

> "1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación".

ii. El depositario: Funciones

El depositario es el administrador del tratado y tiene una serie de funciones que los mismos Estados le acuerdan y que en gran medida están contempladas en el artículo 77 de la CVDT de 1969 y en los artículos 77 y 78 de la CVDT86. La existencia y funciones del depositario son aplicables únicamente a los tratados multilaterales, pues en el caso de los bilaterales, cada Estado conserva un ejemplar auténtico del tratado.

Las partes tienen entera libertad en lo que respecta a la designación del depositario de un tratado y en cuanto al establecimiento de sus funciones. Según el artículo 76 la designación del depositario la harán los negociadores en el tratado "o de otro

190CIJ.Rec. 1994, p. 122, pár. 29

modo" lo que deja un margen de acción muy amplio a los Estados partes.

El depositario puede ser—según el mismo artículo 76—un Estado o varios Estados o el principal funcionario administrativo de una organización internacional, como es el caso frecuente del Secretario General de las Naciones Unidas.

Las partes pueden decidir designar depositario al Estado del territorio en el que se desarrollaron principalmente las negociaciones, como sería el caso del Tratado que crea el Sistema Económico Latinoamericano —SELA—, cuyo depositario es Venezuela, lugar donde además tiene su sede; o, en cualquiera de los dos, como sería el caso del Pacto Briand-Kellog en el que los Estados ratificantes podían depositar sus respectivos instrumentos de ratificación en Washington o en París. También se observa esta figura del depositario múltiple en otros casos, como en el caso del Tratado de 1963 sobre la prohibición parcial de los ensayos nucleares en el que se designaron depositarios: Estados Unidos, Reino Unido y la URSS, lo que habría respondido a cuestiones políticas. En efecto, esta solución, adoptada por presión de los soviéticos, tenía por objeto impedir que ciertas entidades como Alemania del Este, Corea del Norte o Vietnam del Norte, les fuera rechazado el acceso al tratado por un depositario que no hubiera reconocido su calidad para participar en el mismo, sin obligar, sin embargo, a esos depositarios a aceptar su participación191.

Las partes en el tratado pueden designar depositario un Estado distinto e incluso, más que todo cuando se trata de un tratado multilateral, al Secretario General de las Naciones Unidas o la máxima autoridad de la organización de que se trate.

Tal como se señaló previamente el artículo 77 de la CV69 contiene las **principales funciones del depositario**, como sigue:

> "1. Salvo que el tratado disponga o los Estados contratantes convengan otra cosa al respecto, las funciones del depositario comprenden en particular las siguientes:

191 REUTER, Paul. op.cit. p. 63.

a. Custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se hayan remitido;
b. Extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;
c. Recibirlas firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativos a éste;
d. Examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate;
e. Informar a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo, de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado;
f. Informar a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesarios para la entrada en vigor del tratado;
g. Registrar el tratado en la Secretaría de Naciones Unidas;
h. Desempeñar otras funciones especificadas en otras disposiciones de la presente Convención".

Las **atribuciones del depositario son meramente administrativas** que, incluso, tienen que ver con las reservas examinadas antes, lo que se desprende del inciso e) del artículo transcrito. El depositario, si bien puede realizar algunos trámites no puede examinar y decidir cuestiones de fondo como, por ejemplo, lo relacionado con la validez o no de la formulación de una reserva o de su aceptación u objeción.

De surgir una controversia en relación con las funciones del depositario, éste señalará la cuestión a la atención del Estado y la organización internacional de que se trate o en cualquier caso, al órgano de la organización interesado.

En relación con las reservas, las Convenciones de Viena no dicen nada sobre el papel del depositario. Sin embargo, se ha estimado que

los artículos 77 y 78 de la CVDT86 son aplicables a éstas, cuando sean pertinentes, como queda recogido en la Directriz 2.1.7 adoptada por la CDI en 2011.

Según el artículo 78-1-e de ese texto, compete al depositario **informar a las partes en el tratado y a las organizaciones internacionales facultados para llegar a serlo, de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado.** Además, en conformidad con el artículo 79ª, de ese mismo tetxo, lo que se reproduce en la Directriz 2.1.6 de la Guia de la Práctica, **el depositario debe recibir y custodiar las reservas.** Demás está precisar que el depositario no puede emitir ninguna opinión acerca del carácter o la validez de una reserva o de cualquiera de los actos relacionados con ella, formulados por una Estado o una organización parte en un tratado.

2. La Costumbre internacional

a. Definición

El Derecho Internacional es esencialmente consuetudinario. Es sólo a partir de finales del siglo XIX y, más aún, después de la primera guerra mundial, que se inicia un proceso de codificación del Derecho Internacional. La costumbre sería el producto del consentimiento de los Estados, reflejado en una **práctica establecida** y suficiente, así como en **la convicción de que esa práctica, sean actos o comportamientos, activos o pasivos, es considerada como jurídica**. Para los voluntaristas, la costumbre nace, en efecto, de la voluntad de los Estados, de un acuerdo tácito entre los Estados. En su Decisión sobre el Caso *Lotus*, criticada por algunos, la CPJI destacó que "las normas jurídicas que vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en las Convenciones o en los usos aceptados generalmente, como que consagran los principios del derecho"192.

La costumbre, distintamente, es espontánea para otros. La costumbre en este caso obligaría a todos los Estados, independientemente de su participación en la formación de la misma.

192CPJI. Serie A. Nº 10 (1927).

Sea cual fuere la apreciación o la postura de las distintas corrientes del pensamiento jurídico acerca de la naturaleza de la costumbre, esta constituye una de las fuentes principales del Derecho Internacional, como queda enunciado en el articulo 38 del Estatuto de la CIJ.

La costumbre puede ser **universal**, pero también **regional** e incluso **bilateral.** En el contexto latinoamericano, la existencia de una costumbre regional se ha planteado en la Corte, en particular, en el Caso *Haya de la Torre,* en el cual Colombia argumentó el Derecho Internacional americano y una pretendida costumbre regional o local, propia de los Estados de la región. Colombia debía probar la existencia de esa práctica y la convicción de que la misma era jurídica, lo que no logra por lo que la Corte concluye que no era posible extraer de los planteamientos e informaciones presentados por Colombia "una costumbre constante y uniforme" con valor jurídico que fundamentara el derecho de calificación unilateral y definitiva del delito. En el caso de que tal costumbre existiese, agrega la Corte, no podría oponerse a Perú que la había rechazado por sus actitudes, además de no haber ratificado las Convenciones regionales que incluían una norma relacionada a la calificación del delito en el contexto del asilo diplomático193.

La costumbre es una **fuente formal** del Derecho Internacional a la que el juez puede recurrir, sin consideración jerárquica, como hemos dicho antes, para fundamentar una Decisión o una Opinión. Por lo general, el juez intenta determinar la existencia de una norma convencional, lo que no es evidente en todos los casos. En el supuesto de que no exista o no se pueda constatar su existencia, el juez puede recurrir el Derecho Internacional consuetudinario. A veces, incluso, como en el Caso de los *Derechos de navegación en el río San Juan,* la Corte no considera necesario examinar la posibilidad de una norma consuetudinaria dado que es claro que el derecho alegado se funda en normas convencionales. La Corte dice en este Caso en particular que "el tratado de límites de 1858 definió de manera completa las normas aplicables a la porción en litigio del río San Juan en materia de navegación. Interpretado a la luz de otras disposiciones convencionales en vigor entre las dos partes y de conformidad con las decisiones

193 CIJ. Rec. 1950, p. 277.

arbitrales o judiciales adoptadas en relación con ello, este tratado será suficiente para resolver la cuestión del alcance del derecho de Costa Rica a la libre navegación que ha sido sometida a la Corte. En consecuencia, la Corte no tiene necesidad de preguntarse, si en la hipótesis en que esas disposiciones no hubiesen existido, Costa Rica habría podido prevalerse de las normas emanadas de una costumbre internacional o regional."194

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ define la costumbre como "la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Los elementos constitutivos de la costumbre son: la **práctica efectiva o *consuetudo***, que sería el elemento material; y, la ***opinio juris* que sería el elemento sicológico**.

Hoy, sin embargo, la formación de la costumbre en relación con los asuntos de interés de la humanidad debe responder a ciertas especificidades. En efecto, sin duda, muchas cuestiones son vitales para la exisencia de la humanidad y en relación con ellas, la formación de una normas consutudinaria generales, que obligan a todos los Estados, debe responder a esa particularidad. La *opinio juris* o la convicción de que una practica es jurídica, debe construirse de manera distinta a fin de favorecer la formación de esas normas que responden a los interses colectivos.

b. Elementos constitutivos

i. La práctica reiterada

Los **precedentes** que constituyen y prueban la existencia de una norma consuetudinaria se encuentran en determinados actos del Estado, referidos a cuestiones de Derecho Internacional. Es el caso, por ejemplo, de la correspondencia diplomática; de las declaracaciones verbales de los representantes de los Estados formuladas en el ámbito internacional, incluidas las realizadas en reuniones y órgano internacionales; la legislación interna; las decisiones judiciales. Todas estas actuaciones del Estado, realizadas por los órganos competentes, en ocasiones permiten probar la existencia de una norma de Derecho

194 CIJ. Rec. 2009, p.45, pár.36.

Internacional consuetudinario195. No solo podrían considerarse los actos; también las omisiones podrían corresponder a una práctica del Estado las que conforman, en determinados casos, parte de la práctica que se pretende demostrar como jurídicamente vinculante.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha considerado la costumbre en numerosas decisiones, siendo la de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* una de las más relevantes en cuanto a la determinación de sus elementos constitutivos. En este Caso se solicitó a la Corte establecer cuales eras los principios y las reglas de Derecho Internacional aplicables a la delimitación entre las partes, de las zonas de la plataforma continental del Mar del Norte que pertenecían a cada una de ellas. La Corte se preocupa, en primer término, por verificar si existe una norma convencional aplicable y luego, después de haber respondido negativamente a la primera cuestión, la Corte trata de establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario196.

La Corte precisó en ese Caso que los dos elementos (material y psicológico) eran necesarios para determinar que se está ante una costumbre internacional, ante una norma de derecho internacional consuetudinario. La Corte rechaza la existencia de una norma de esta naturaleza al no darse estos dos elementos y afirma que: "No solamente los actos considerados deben representar una práctica constante, sino que además deben testimoniar, por su naturaleza o por la forma en que son realizados, la convicción de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una norma jurídica. La necesidad de tal convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio juris vel necessitatis*. Los Estados interesados deben tener el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una norma jurídica. Ni la frecuencia ni incluso el carácter habitual de los actos es suficiente. Existen numerosos actos internacionales, en el ámbito del protocolo por ejemplo, que son realizados casi invariablemente pero que

---

195"No existen reglas precisas en cuanto a la determinación de los hechos que significan o pueden reflejar una práctica determinada. La jurisprudencia destaca, sin embargo, que tales hechos se constatan en la práctica diplomática, la jurisprudencia, las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales". CONDORELLI, L, *La Coutume, in Bilan et Perspectives du Droit International*, p. 199, Pédone, París, 1991.

196CIJ. Rec. 1969, pp. 24-38 y 28 y 29; párrafos 25 a 37.

son motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición y no por el sentimiento de una obligación jurídica"197.

Sin duda, antes de examinar su relevancia jurídica, debe determinarse la práctica desde el punto de vista material, tal como lo señaló la CIJ en su Decisión sobre el Caso de la *Plataforma continental entre la República Jamahiriya de Libia y Malta*, en 1985; y, más recientemente, en su Opinión en el Caso de la *Licitud de la amenaza y del empleo de las armas nucleares*: "...la substancia del Derecho Internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar, en la práctica efectiva... de los Estados"198.

Lo importante en la determinación del precedente es la **repetición** del acto o comportamiento. Una "práctica internacional constante", como lo dijo la CPJI en el Caso *Wimbledon*199. O, una "práctica constante y uniforme" como lo señalara después la CIJ en sus Decisiones en los Casos del *Derecho de Asilo b*200 y del *Derecho de paso en el territorio indio*201. En forma mas precisa se expresa el tribunal arbitral sobre el Caso de la *Interpretación del acuerdo aéreo del 6 de febrero de 1948*: "Sólo una práctica constante, efectivamente seguida y sin cambios, puede generar una norma de derecho internacional consuetudinario".

La práctica debe ser **constante, uniforme, consistente, generalizada**, los términos más utilizados por la doctrina. Distintamente a lo señalado por el Juez Negulesco en su Opinión Disidente a la Decisión sobre el Caso de la *Competencia de la Comisión Europea del Danubio*202, exigiendo que la costumbre se fundaba en un **uso inmemorable**, la Corte ha preferido utilizar,por lo general,la expresión"práctica internacional constante"203. Lo importante es, en todo caso, como dijimos antes, que la realización de actos para mostrar, *a priori*, la existencia de una costumbre.

---

197 CIJ.Rec. 1969, p. 44, párrafo 77.
198 CIJ. Rec. 1985, p. 29, pár. 27. Y, CIJ. Rec.1996, p. 253.
199 CPJI, Serie A, Nº 1, p.25.
200 CIJ. Rec. 1950, p. 277.
201 CIJ. Rec. 1960, p. 40.
202 CPJI, Serie A/B, Nº 25, pp. 105-114.
203 CPJI. Serie A. Nº 1, p.25.

No importa el tiempo, **la duración de la práctica**. En cada situación este período puede variar para facilitar la determinación de dicha práctica. Lo más importante es **su frecuencia y su uniformidad**. El paso del tiempo formará parte, por supuesto, de la prueba de la generalidad y la consistencia. Una práctica larga (y mucho menos, inmemorial) no parece necesaria. Las normas sobre el espacio aéreo204 y la plataforma continental emergieron de una práctica rápida.

En la citada Decisión sobre el Caso de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte señala que "aunque el hecho de que haya transcurrido un breve plazo de tiempo no constituye necesariamente en si mismo un impedimento para la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario con base en una norma puramente convencional en su origen, resulta indispensable que en ese lapso de tiempo, por más breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluso la de los Estados particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada…"205. En el Caso de la *Sentencia Arbitral del 17 de julio de 1965,* el Tribunal Arbitral constituido precisó que "sólo una práctica constante, efectivamente seguida y sin cambios, puede convertirse en generadora de una regla de derecho internacional consuetudinario"206.

La **uniformidad completa** tampoco es requerida, como lo ha dicho la Corte en el Caso de las *Pesquerías*207. No es necesario tampoco, como lo dice la misma CIJ, que exista una **perfecta concordancia** para que se pueda establecer la existencia de una norma consuetudinaria. El tribunal señala en relación con ello, en el Caso de las *Actividades Militares y Paramilitares,* que: "…no piensa que para que una regla sea establecida consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba ser rigurosamente conforme a esta regla. Le parece suficiente para deducir la existencia de normas consuetudinarias que los Estados conformen a ellas su conducta de manera general y que ellos mismos traten los comportamientos que no estén conformes con la regla en cuestión como

---

204 Ver comentarios y citas referidos por Charles Chaumont en su Curso General de Derecho Internacional Público en La Haya; 1970 (vol. I), p. 436, RCADI, Vol. 129.

205 CIJ. Rec. 1969, p. 43, párrafo 74.

206 Rec. de Sentencias arbitrales. RSA. Vol. XVI. p. 100

207 BROWNLIE, Ian, op. cit, p. 5. Cit. Rec. CIJ, 1951, pp 116 a 131.

violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla"208.

La **generalidad** es otra cuestión abordada para determinar si la práctica constituye una costumbre. Esta cualidad no afecta, como lo ha reconocido la misma Corte en varias de sus Decisiones, las costumbres regionales, locales e incluso bilaterales. Así, la Corte en el citado Caso de la *Delimitación de la Plataforma Continental del Mar del Norte* rechazó que la regla de la equidistancia del artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental se hubiera convertido en una norma consuetudinaria que vinculara a la entonces Alemania Federal, por falta de generalidad. La Corte comprobó que más de la mitad de los casos citados por Dinamarca y Paises Bajos concernían a Estados Partes de la Convención —y por tanto entre ellos aplicaba la normaconvencional—y que en la mayor parte de los otros que eran los que indicarían la existencia de una costumbre por tratarse de Estados no partes, se trataba de una delimitación entre países enfrentados y no como era el caso ante la Corte, de países contiguos209. La Corte señala a este respecto que: "…No podríamos legítimamente decir (…) que existe una regla de derecho internacional consuetudinario que consagra el principio de la equidistancia… Es claro que estos Estados no aplicaban la Convención pero sería excesivo de concluir que ellos creían aplicar una norma de derecho consuetudinario internacional de carácter obligatorio." Igual referencia hace la Corte en sus Decisiones sobre los Casos del *Derecho de Asilo*210, en el Caso relativo a las *Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*211.

La **constancia** es también necesaria para determinar la existencia de una práctica susceptible de constituir una norma de derecho consuetudinario. En esa misma decisión la Corte dice que: "…para llegar a (…) resultado se debían llenar dos condiciones. No solamente los actos debían representar una práctica constante…"212.

---

208 Rec. CIJ 1986, cit.
209 BARBOZA, Julio, op.cit.
210 CIJ. Rec. 1950, pp. 276-277.
211 CIJ. Rec. 1952, pp. 199-200.
212 CIJ. Rec. 1969, p. 44, párrafo 77.

ii. La convicción de que dicha práctica es jurídicamente vinculante

El segundo elemento constitutivo de la costumbre internacional es el **psicológico o subjetivo**. Se ha admitido que la simple repetición de precedentes no es suficiente y que una norma consuetudinaria existe solamente si el acto considerado está motivado por la consciencia de una obligación jurídica. Es necesario que los Estados tengan el sentimiento de estar jurídicamente vinculados; lo que se traduce en la fórmula *opinio juris sive necessitatis* (la convicción del derecho o de la necesidad). Es esta característica la que distingue la norma consuetudinaria del uso y de la **cortesía internacional**213**,**aunque, es cierto, pocos autores niegan la necesidad de la *opinio juris,* precisando que sólo los hechos son suficientes para la constatación de una norma consuetudinaria214.

La CIJ ha sido muy clara al confirmar este elemento incluido en el Estatuto de la Corte: **Los Estados deben tener el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica**. Ni la frecuencia, ni incluso el carácter habitual de los actos son suficientes. Existen muchos actos, en el ámbito del protocolo, por ejemplo, que son realizados casi invariablemente pero que son motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición y no por el sentimiento de una obligación jurídica"215 (negrillas nuestras). La Corte, en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o del uso de las armas nucleares*, señala que "la sustancia del derecho internacional consuetudinario debe buscarse, en primer lugar, en la práctica efectiva **y en la *opinio juris*"**216 (negrillas nuestras).

En su Decisión sobre el citado Caso de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte precisa que además de la práctica "... se haya manifestado de manera de establecer un reconocimiento general del hecho que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego"217.

---

213 DAILLIER, FORTUEAU y PELLET, op.cit, pár. 212, p. 361.
214 GUGGENHEIM, P., *Droit International Public*, Vol. I, p. 47, Ginebra, 1953.
215 CIJ. Rec. 1969, p. 44.
216 CIJ. Rec. 1996, Opinión Consultiva, párrafo 64. Ver también Decisión en el Caso de la Plataforma Continental (Libia/Malta), 1985.
217 CIJ. Rec. 1969, p. 43, párrafo 74.

La **relación entre la práctica y la convicción** es, sin duda, indispensable, para establer o constatar la existencia de una norma de Derecho Internacional general. La *opinio juris* debe ser lo suficientemente clara para que se pueda probar la existencia de una norma de esta naturaleza. Así lo dice la Corte en el Caso de la *Licitud del empleo y la amenaza del uso del arma nuclear* cuando concluye en que no existe, por ello, una norma de origen consuetudinario. En concreto, el tribunal señaló en su Opinión Consultiva de 1996 que no podía extraer de la política de disuasión nuclear, ni del no recurso a las armas nucleares, ninguna conclusión en cuanto a la existencia de una norma consuetudinaria que prohibiera o permitiera el recurso a la amenaza o el uso de tales armas por que los motivos de esos comportamientos no testifican ninguna *opinio juris* clara218.

iii. La prueba de la práctica y de la convicción

Para demostrar que efectivamente se está ante una norma consuetudinaria, incluso cuando se trata de una costumbre regional, o aún local, la parte que la invoca deberá demostrar que existe, de la parte del Estado al que se le atribuye, la existencia de la práctica, de los hechos que constituyen el precedente, y la convicción de que esa práctica es vinculante desde el punto de vista jurídico. Sólo ello podría permitir descartar la **cortesía internacional** que como veremos enseguida no genera ninguna consecuencia jurídica, lo que no excluye que una práctica o un uso, ubicado en ese contexto, puede convertirse o llegar a ser una norma consuetudinaria, como es el caso de las normas relacionadas con las inmunidades diplomáticas que cristalizaron como tales y que fueron codificadas y recogidas en la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1961.

¿Se presume la *opinio juris*? Si ello es así, no sería necesario presentar **pruebas** para demostrarla. Solo sería necesario, entonces, presentar los actos y su repetición, la práctica como prueba de ello. Sinembargo, en el Caso del *Derecho de Asilo*, la Corte dijo que: "En ausencia de datos precisos, es difícil determinar el valor de tales casos

218CIJ. Rec. 1996, p. 255.

como precedentes que tienden establecer la existencia de una obligación jurídica sobre un Estado territorial"219.

Una cuestión importante a retener es que **la prueba de la práctica como constitutiva de una costumbre corresponde al Estado que la invoca**, salvo que se tratase de una costumbre general, en cuyo caso el principio *iura novit curia* podría permitir que el tribunal aplicase dicha costumbre, incluso sin necesidad de que la misma fuese alegada por las partes en la controversia. Cuestión distinta es la que surge cuando se trata de costumbres regionales, o inclusive locales, cuyo ámbito de aplicación es mucho más restringido, y por ende, su conocimiento es igualmente limitado. Así lo precisa la Corte en el Caso del *Derecho de Asilo* al decir que "la parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que ella está constituida de tal manera que es obligatoria para la otra parte". Tal como dijimos antes, el Gobierno de Colombia debía probar que la norma que argumentaba se conformaba a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que ese uso se traducía en un derecho que pertenecía al Estado que otorga el asilo y un deber que incumbía al Estado territorial. Este se desprende del artículo 38 del Estatuto.

Una cuestión que ha sido debatida en Derecho Internacional y que incluso ha sido considerada por los tribunales internacionales es la relacionada con la obligatoriedad de una norma de origen consuetudinario para un Estado que no ha participado en su formación e incluso, a la cual se ha opuesto. Para muchos, como dijimos, la voluntad del Estado en la formación de la costumbre es esencial, mas aún cuando se trata de una costumbre local o regional. En Derecho Internacional se ha reconocido la importancia de la doctrina del objector persistente, es decir, la tesis que dispone que un Estado que objeta la creación de una norma consuetudinaria, ésta le es inoponible. En el Caso de las *Pesquerías* la Corte estimó que la norma consuetudinaria era inoponible a Noruega por quesiempre se había opuesto a su aplicación.

Desde luego, esa oposición tendría en todos los casos que ser manifestada antes de que ella cristalice y se presente como una norma

219CIJ. Rec. 1950, p. 286.

acepatada como tal. La objeción de un estado a la formación de una norma constudinaria no afecta su formación, es decir, su nacimiento y consideración como tal, aunque ella no puede ser vinculante para ese Estado.

iv. La norma consuetudinaria y la cortesía internacional (*comitas gentium*)

La cortesía internacional es como dice Siebert el **conjunto de relaciones que los Estados mantienen entre ellos**, por simple conveniencia y que no son jurídicamente obligatorias220. O, al decir de Roussaeau, ella se puede entender como "el conjunto de usos seguidos a título de simple conveniencia y por razones de comodidad práctica"221.

Se trata de **actos que por su propia naturaleza no generan obligaciones jurídicas** pues los Estados y esa es precisamente la diferencia en relación con la norma consuetudinaria, no tienen la intención de vincularse desde este punto de vista. Debe distinguirse, como dijimos antes, entre costumbre (cortesía, *comitas gentium*) y costumbre jurídica o derecho consuetudinario, por cuanto sólo alcanzan relevancia jurídica aquellos usos que se apoyan en el sentimiento jurídico o la consciencia jurídica (*opinio juris vel necessitatis*.)222

Es importante distinguir la norma consuetudinaria de la cortesía internacional. La formación de la primera exige la conjunción de los dos elementos, como vimos antes, mientras que los actos de cortesía aunque puedan ser repetidos, no son considerados vinculantes jurídicamente. Esta distinción entre la costumbre y la cortesía y otros actos de igual naturaleza reposa en la "necesaria convicción de que la norma a aplicar es una norma de derecho internacional público (*opinio juris gentium*) y no simplemente una acción conforme al ceremonial, a la cortesía o a la moral internacional"223. La convicción del carácter

220SIBERT, M., *Droit International Public*, p. 18, Dalloz, Paris, 1951.
221ROUSSEAU, Ch., *Droit Internacional Public*, Vol.I, p. 28, pár. 12, Sirey, Paris, 1971.
222VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, p. 88., Aguilar, Madrid, 1967.
223STRUPP, *Droit International Public*, Vol. I, p. 15, París, 1930.

obligatorio del comportamiento sirve para distinguir la costumbre jurídica del uso debido a simples razones de cortesía o de protocolo224.

La violación de una norma jurídica, sea consuetudinaria, convencional o de cualquier otro origen engendra la responsabilidad internacional del Estado. Se trata de la violación de una norma jurídica internacional. En el caso de la **cortesía internacional** la situación que se plantea por el incumplimiento se ubica en un ámbito diferente. El uso de la cortesía no vincula jurídicamente al Estado que la observa, a diferencia de la norma consuetudinaria: de allí que el incumplimiento de una práctica de cortesía (acto inamistoso) tiene como único efecto, complicar las relaciones internacionales, pero no el efecto de obligarareparar, al Estado al cual le es imputable tal incumplimiento225.

En el contexto de las inmunidades y los privilegios, se plantea la diferencia entre las medidas de cortesía y la norma consuetudinaria. Si bien las inmunidades se fundan en el Derecho Internacional, la mayoría de los privilegios se fundamentan en el Derecho Interno. A ese respecto parece interesante mencionar la decisión del tribunal de Casación Penal de Italia (Dec. 28-5-55, in Giur.It, 1955, Vol.II, 367) en la que se niega la existencia de una norma de Derecho Internacional general que extienda las inmunidades diplomáticas al personal de servicio de las Embajadas. La Corte italiana observa que "…no puede desconocerse, ciertamente, la existencia de una costumbre internacional por la cual se acuerda la inmunidad de jurisdicción incluso a las personas del séquito no oficial y a la familia del diplomático, incluido el personal doméstico, aunque sea sólo a título de mera cortesía. Por otra parte, si se determina el contenido de esta norma consuetudinaria con el rigor necesario, dada la falta de una correspondiente *opinio necessitatis*, resulta útil señalar que de ningún modo existe una subyacente obligación internacional de los Estados de observar esta norma incondicionalmente y en cualquier caso"226.

En el Caso de los *Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos,* la Corte se refiere a costumbres y usos. El tribunal considera la cuestión

224 CONFORTI, B., *Cours Général de Droit International Public*, RCADI, 1988 (Vol.212), p. 66.

225 ROUSSEAU, Ch. op. cit., p. 28.

226 CONFORTI, B., *Derecho Internacional*, Ed. En español, p.50, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1995.

en las dos épocas, antes de 1937 y después de esa fecha. La Corte considera que la jurisdicción consular de Estados Unidos reposaba en una base convencional, en particular de los Tratados de 1787 y de 1836, conjuntamente con Tratados concluidos por Marruecos con otras Potencias, como Gran Bretaña y España. Ello no quiere decir, precisa el tribunal, que los Estados que ejercían la jurisdicción consular en aplicación de sus derechos convencionales poseían, además, un título independiente a esta jurisdicción, **basado en la costumbre y en los usos**.

3. Los Principios Generales del Derecho

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ enuncia como una de las fuentes principales, los "**principios generales de derecho** reconocidos por las naciones civilizadas". Los principios generales del derecho tiene su origen en el derecho interno; aunque también, algunos de estos principios generales son de origen internacional. La práctica es sumamente importante en cuanto a la formación de estos principios. Su aceptación por los Estados permite que los mismos se consoliden y se reconozcan como tales.

Algunos principios, en efecto, vienen del Derecho Interno: la buena fe, la cosa juzgada, el *estoppel,* entre otros, tienen su origen en las legislaciones y prácticas internas. Otros son Principios de Derecho Internacional en el sentido estricto del término, es decir, surgidos de la realidad internacional. Por ejemplo, los principios reconocidos e incorporados en la Carta de las Naciones Unidas y más tarde recogidos también en la resolución 2625 (XXV), relativa a las Relaciones de Amistad y de cooperación entre los Estados, de 1970: autodeterminación de los pueblos, no recurso a la fuerza, solución pacifica de controversias, igualdad jurídica de los Estados, entre muchos otros.

Más adelante y basados en la misma Carta y las nuevas realidades, han surgido principios como la cooperación y la solidaridad internacionales, anclados en algunos regímenes, como por ejemplo, en el ámbito de la protección de la persona en los movimientos forzados de personas (refugio).

Otros principios de Derecho Internacional han sido formulados por la jurisprudencia internacional. El principio de la prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, la regla del agotamiento de los recursos internos, el principio de las libertades marítimas, por ejemplo, son recogidos en decisiones judiciales.

A veces se confunden los Principios Generales con la norma consuetudinaria. La CIJ en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares*los presenta en forma separada al señalar que el Principio de no intervención es parte integrante del Derecho Internacional consuetudinario. En el caso de la *Controversia Territorial,* la Corte dijo que el *uti possidetis* era "...un principio general, lógicamente vinculado al fenómeno de la accesión a la independencia (...) y no una simple práctica que habría contribuido a la formación gradual de un principio de Derecho Internacional consuetudinario".

Algunos Principios pueden tener incluso el carácter de imperativo, como es el caso del Principio de no intervención considerado por la CIJ en el Caso citado de las *Actividades militares y paramilitares*en relación con el cual dijo que el Principio era considerado frecuentementepor los Estados" no solamente como un principio de Derecho Internacional consuetudinario, sino como un principio fundamental o esencial de este Derecho"227.

Los Principios Generales del Derecho son aplicados por la Corte en forma subsidiaria. La Corte recurre a ellos al solucionar una controversia, especialmente cuando no hay normas convencionales o de derecho consuetudinario aplicables y para evitar dejar de decidir la cuestión planteada.

4. Las fuentes auxiliares: La doctrina y la jurisprudencia

Finalmente, el Estatuto menciona en su artículo 38, las **fuentes auxiliares: la doctrina y la jurisprudencia** que no crean normas jurídicas, aunque pudieren contribuir ensu formación, sino que más bien constatan su existencia.

227CIJ. Rec.1986. p. 100, pár. 190.

La **doctrina** es la opinión de los autores, de las instituciones que estudian el Derecho Internacional. Las Sociedades internacionales de Derecho Internacional desempeñan un papel importante en la formación de la doctrina. Sus conclusiones son muy valederas en la mayoría de los casos.

Se podría afirmar que los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, en particular sus conclusiones, la discusión sobre los temas, los Informes de los Relatores Especiales, constituyen un elemento doctrinal importante que un órgano jurisdiccional puede considerar al momento de decidir sobre una cuestión.

La **jurisprudencia internacional** es también considerada una fuente auxiliar del Derecho Internacional. Las Decisiones de la Corte Internacional de Justicia, en particular, son consideradas como tales aunque, es cierto, que las mismas, como lo dice el artículo 59 del mismo Estatuto no son "obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

Sin embargo, la jurisprudencia internacional en un sentido amplio, como fuente auxiliar de Derecho Internacional, no puede limitarse a las decisiones y Opiniones emanadas de la CIJ y de la CPJI. Una visión mas amplia, acorde con las nuevas realidades, obliga a incluir las decisiones y opiniones de órganos arbitrales, no solamente interestadales, como es frecuente hacerlo, sino provenientes de los órganos arbitrales que examinan controversias distintas, como las comerciales internacionales o las no internacionales que surjen en la relación entre un Estado y una entidad privada, especialmente, en el ámbito de las inversiones, temas éstos que abordaremos detenidamente más adelante.

Las Decisiones y Opiniones internacionales emitidas por órganos internacionales o que consideren cuestiones relacionadas con el Dererecho Internacional Público deben ser consideradas en conjunto, al momento de establecerse la jurisprudencia interrnacional como fuente auxiliar.

En la práctica observamos hoy más que antes, referencias jurisprudenciales comunes en las Decisiones de la Corte, del Tribunal de Derecho del Mar y de órganos arbitrales no interestadales. La referencia a las reglas de interpretación, a la buena fe, a los criterios de

delimitación, a la equidad, entre otros, son consideradas por los diversos órganos, en los mismos términos.

Algunos han expresado con razón, cierta preocupación por la posibilidad de una jurisprudencia divesificada e incluso contradictoria, dado el numero hoy mas importante de instancias jurisdiccionales internacionales que aplican en Derecho Internacional. Pero, en la practica podemos ver que hay coherencia en las decisiones y que se mantiene la necesaria unidad de la jurisprudencia interncional. Vemos, por ejemplo, como en decisiones de un tribunal se hace referencia a tribunales de otro, mostrando esa unidad.

Pueden ser muchos los ejemplos, pero me limito a mencionar solo algunos que muestra esa positiva tendencia. En el Caso de la *Controversia territorial, marítima e insular* entre Honduras y El Salvador, la CIJ hace referencia a una Decision de la Corte Centroamericana de Justicia; en el Caso de *Jan Mayen*, la Corte hace referencia a la Decision del tribunal arbitral de 1977, en relación con la controversia planteada entre Francia y el Reino Unido; y, mas reciente, en su Decision en el Caso *Kasibibi/Sedudu,* la Corte hizo referencia a la Decision del tribunal arbitral constitudio para examinar el Caso de *Laguna de Desierto* que opuso a Chile de Argentina. Todo ello, como lo antes referido, muestra la coherencia que muestra hoy la jurisprudencia internacional.

El examen conjunto de Decisiones y Opiniones de órganos jurisdiccionales internacionales, sean arbitrales o judiciales, que conozcan cuestiones entre Estados o que examinen controversias distintas, es en definitiva fundamental a la no fragmentación de la jurisprudencia internacional que como fuente del Derecho Internacional, facilita al juez o al árbitro cumplir su función.

Finalmente, debemos subrayar que entre la doctrina y la jurisprudencia existe una relación importante. Podemos afirmar que el juez y el árbitro internacional consideran las posiciones doctrinales, la opinión de los autores, de los órganos internacionales, incluso las conclusiones de la CDI, al momento de considerar un asunto y decidir, como fue en el Caso de *Gabcikovo-Nagymaros*, cuando consideró los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad internacional. La

doctrina, por su parte, se enriquece de las conclusiones de los órganos jurisdiccionales internacionales.

5. La equidad

El juez puede fundarse, no solamente en el Derecho positivo estricto, al momento de tomar una decisión; sino en la equidad, la cual podría ser definida como "el sentimiento de lo que exige la justicia en el caso considerado, tomando en cuenta todos sus elementos y haciendo abstracción de las exigencias puramente técnicas del derecho positivo"228. Es la aplicación de la justicia a un caso determinado. El Instituto de Derecho Internacional, en 1937, había ya señalado que "la equidad era normalmente inherente a una sana aplicación del derecho (...) y que el juez (...) podía tenerla en cuenta siempre en una medida compatible con el respeto del derecho".

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ deja abierta la posibilidad de su aplicación cuando dice que esta disposición "no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen". En la práctica ni la Corte Permanente ni la actual CIJ han sido autorizadas por las partes para decidir en base a la equidad.

El juez o el árbitro en aplicación de la equidad, siempre autorizados por las partes en la controversia, podrían descartar una norma de derecho positivo, cuya aplicación pueda ser, en su opinión, inequitativa; también podrían llenar una laguna de derecho internacional y enunciar la regla que podría aplicarse.

Es cierto que se requiere el consentimiento de las partes para que el juez o árbitro pueda aplicar la equidad, pero es posible que recurra a ella no como una fuente de Derecho Internacional, si no como una forma de interpretación.

La equidad podría ser *infra legem* cuando sin desconocer el Derecho Internacional, juega un papel de una modalidad de interpretación y la aplicación de una norma.La Corte, si bien no ha recurrido a la equidad al momento de considerar un asunto y decidir

228Terminologie du Droit international, de Jules Badesvant, Paris, Sirey, 1960.

sobre él, si ha recurrido a la aplicación equitativa del derecho. En la Decisión sobre la *Plataforma Continental del Mar del Norte* declaró que "... no se trata de aplicar la equidad simplemente como una representación de la justicia abstracta, sino de aplicar una norma jurídica que prescriba el recurso a principios equitativos, conforme a las ideas que han inspirado siempre el desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental"229. La Corte reconoció entonces que la delimitación de las plataformas continentales del Mar del Norte tenía que efectuarse sobre la base de principios equitativos, considerando las circunstancias especiales.

En el Caso de la *Controversia Territorial* (Burkina Fasso/Mali) la Corte rechazó expresamente el recurso a la equidad por cuanto no había sido autorizado por las partes en la controversia. La Corte descarto entonces, de manera expresa, la aplicación de equidad contra legem (CIJ, Rec. 1986, p.567, par.28); sin embargo, la Corte tomó en consideración en esa ocasión la equidad tal como se expresa en su aspecto *infra legem*, es decir, esa forma de equidad que constituye un método de interpretación que reposa sobre el derecho230.

Mas recientemente, en el Caso de *Ahmod Sadio Diallo* la Corte considero de nuevo la posibilidad de aplicar "consideraciones dequidad" como lo solicitara la Repulica de Guinea, a lo que se opuso la Republica Democratica del Congo. El planteamiento Guinea se traduce en la aplicacion de la equidad *infra legem* y no *contra legem* , para permitir una aplicación razonable de las reglas relativas a la protección diplomatica (par.82 de la misma Decision). En este Caso la Corte rechaza la existencia de una norma consuetudinaria que permita el ejercicio de la proteccion diplomática por substitución, en el sentido del articulo 11-b del proyecto de artículos adoptado por la CDI sobre la protección diplomática aplica la regla normal de la nacionalidad de las reclamaciones que rige la proteccion diplomática, respecto de las sociedades a que se refiere el asuntonte la Corte (parr.94 de la Decision).

---

229 CIJ. Rec.1969, p. 47. Ver también Decisión en el Caso de Pesquerías. Publicación de Naciones Unidas. Resumen de Fallos, Opiniones Consultivas y Providencias de la Corte. 1948-1991, p. 129. Ver también Decisión en el Caso de la Plataforma continental entre Libia y Túnez, del 24 de febrero de 1982.

230 Annuaire de la CIJ, 1986-1987, p. 141.

Más recientemente, en el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe (*Nicaragua/Colombia), la Corte hace referencia a la equidad no para fundar su Decisión si no para ajustar sus resultados. La Corte dice al determinar si había circunstancias pertinentes que pudieran justificar un ajuste o un desplazamiento de la línea de la equidistancia o media -si fuere el caso- provisional para llegar a un resultado equitativo. (CIJ, Rec.2012, pp:72 y ss, pár.192 y ss).

6. Fuentes no contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ

El artículo 38 del Estatuto de la Corte no menciona los **actos de las organizaciones internacionales** ni los **actos (declaraciones) unilaterales de los Estados** como fuentes del Derecho Internacional, tampoco documentos distintos al tratado pero que reflejan el acuerdo entre las partes, como las Declaraciones o Comunicadsos conjunos, suscritos o no, o los Comunicados de Prensa o las Minutas o *Proces Verbaux* que adoptan las partes al termino de una reunión o encuentro diplomático. Sin embargo, no hay dudas de que independientemente de su inclusión en dicha disposición, tales actos pueden ser fuentes de obligaciones internacionales o del Derecho Internacional.

a. Actos de las organizaciones internacionales

i. Las resoluciones vinculantes jurídicamente y las resoluciones no vinculantes desde ese punto de vista

Los actos de las organizaciones internacionales conforman una categoría enormemente variable; no cabe aludir a los mismos como una figura de rasgos únicos, sino que para calificar cada acto debemos atender a dos cuestiones fundamentales: a) la Organización Internacional de que se trate y lo plasmado al respecto en su tratado constitutivo; y b) el órgano de dicha Organización del que emane el acto, lo que le atribuirá sus características fundamentales. En particular, de estos aspectos se derivará el que se trate o no de una resolución de carácter vinculante o meramente recomendatorio.

Clasificar los actos de las organizaciones internacionales, dada su diversidad, es una tarea que hoy día deviene casi imposible; a modo

meramente indicativo, cabe clasificar dichos actos como: a) actos *ad intra o ad extra*, atendiendo a que los mismos regulen el funcionamiento interno de la organización o alguno de sus órganos o bien aspectos que influyan en el contexto exterior a la propia estructura interna de la organización; b) actos que conforman el *derecho primario u originario o el derecho secundario o derivado*, siendo los primeros los que dibujan los aspectos esenciales de creación y funcionamiento básico de la organización, mientras que los segundos permiten el desarrollo de sus objetivos y funciones a lo largo del tiempo. A su vez, dentro del derecho derivado, cabe diferenciar los actos típicos de los que no lo son. Los primeros (típicos) aparecen establecidos en las normas de funcionamiento de la organización, mientras que los segundos no, bien porque adoptan una denominación nueva, bien porque no se previó inicialmente su existencia en el tratado constitutivo.

Los actos de las Organizaciones internacionales también se pueden clasificar en función de su carácter, vinculante o no, tema al que hicimos una referencia preliminar cuando examinamos la organización internacional como sujeto de Derecho Internacional: así, existen **actos meramente recomendatorios** (ej: resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas); **actos obligatorios** en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a los Estados libertad en cuanto a forma y mediosde alcanzar ese resultado (ej.: directivas de la Unión Europea); **actos obligatorios en todos sus elementos** (ej: decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas). La diversidad de organizaciones internacionales existentes hace que cada vez, la panoplia de actos que emanan de las mismas sea más compleja.

Las organizaciones internacionales, de acuerdo con sus objetivos y a sus normas internas, adoptan actos que se traducen en resoluciones, recomendaciones, decisiones, declaraciones, programas. Las resoluciones, por utilizar el término genérico, pueden tener el carácter de **decisión**, cuando son jurídicamente vinculantes; y, el carácter de **recomendación,** cuando están desprovistas de tal fuerza obligatoria.

Independientemente de su **valor jurídico**, las resoluciones adoptadas por los órganos internacionales deben ser adoptadas de conformidad con las reglas de la Organización, es decir, deben ser **válidas**. Por lo general, son adoptadas por mayoría simple; en otros

casos, por la mayoría de dos tercios; también y es la tendencia, por consenso o por unanimidad. En el caso del Consejo de Seguridad se introduce en la Carta el **derecho a veto** de los cinco Miembros Permanentes, lo que ha sido muy criticado por los demás Estados Miembros de la Organziación. El voto negativo de uno de ellos impide la adopción de una decisión del Consejo, lo que no significa que la abstención de uno de ellos, pueda impedir, asimilándose al veto, la adopción de una resolución, como lo dijo claramente la Corte en su Opinión Consultiva de 1971 sobre las *Consecuencias para los demás Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*, cuando Sudáfrica planteó que la resolución de que se trataba (S/2840-1970) no era válida, por cuanto dos de los Miembros Permanentes se habían abstenido.

Los **actos de los órganos de las Naciones Unidas** son, como dijimos antes, los más relevantes, por su alcance universal, para examinar el valor de los actos de las organizaciones internacionales. La Carta de las Naciones Unidas, como vimos antes, utilizalos términos "decisión" y "recomendación", al referirse a la facultad de sus órganos y no el término "resolución" que en la práctica es el más utilizado. En su artículo 13, por ejemplo, se precisa que:

> "La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones...". En su artículo 18, dejando establecido por su redacción y el espíritu de la letra, que también puede adoptar decisiones, la Carta establece que " 2. Las decisiones de la Asamblea se tomarán por el voto de una mayoría de dos tercios...".

Las resoluciones de la **Asamblea General** tienen, por lo general, el carácter de recomendación. Se trata de actos que no vinculan, en principio, a los Estados. Sin embargo, esta regla no puede ser absoluta. Si bien es cierto que la mayoría de las resoluciones de la Asamblea General son recomendatorias, hay algunas que son vinculantes y obligan a los Estados o a otros órganos de la Organización. Las resoluciones relacionadas con el funcionamiento de la Organización son necesariamente vinculantes. Por ejemplo, las resoluciones relacionadas con los aspectos presupuestarios, con designaciones de funcionarios, como el Secretario General; con la composición de un órgano, como el Consejo Económico y Social o el Consejo de Derechos Humanos; las relacionadas con la composición de órganos como la Comisión de

Derecho Internacional o la Corte Internacional de Justicia son, sin duda alguna, de cumplimiento obligatorio. Los Estados Mimebros no podrían inobservar estas resoluciones, desconociendo unilateral y aisladamente su contenido. También son vinculantes las resoluciones por las cuales un órgano instruye a un órgano jerárquicamente inferior. Asi, por ejemplo, una resolución de la Asamblea General o del ECOSOC, dirigida al Consejo de Derechos Humanos o una de este órgano a uno de sus órganos subisidiarios, incluso, de los mecanismos instituidos.

La Asamblea General adopta además resoluciones relacionadas con cuestiones específicas que por lo general provocan gran debate, especialmente, entre países en desarrollo y países desarrollados, como es el caso de la resolución 3201, de mayo de 1974, que contiene la Declaración relativa al nuevo orden económico internacional; o, la resolución 3281, de diciembre de ese mismo año, contentiva de la Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados.Estas resoluciones podrían ser vinculantes para los Estados que se expresaron en favor, mientras que no lo serían para aquellos que se opusieron por la vía del voto negativo o de la abstención. De manera que el voto mayoritario de los países en desarrollo, mayoría en la Organización, no es suficiente para determinar su valor jurídico.

Las resoluciones de los órganos de la Organización, en general, siguiendo este punto de vista, no son vinculantes aunque es cierto que, sin duda, son políticamente relevantes. Las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos o del ECOSOC son un ejemplo de la importancia de estas resoluciones. Los Estados deben observarlas y ejecutarlas, para cumplir con las obligaciones derivadas de los distintos instrumentos internacionales de los que es parte.

En el caso del **Consejo de Seguridad**, el término que se utiliza es "decisiones" como se puede ver en el artículo 25 que señala que "los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad...". Y en el artículo 27-2 que "...las decisiones del Consejo...".

El Consejo de Seguridad puede adoptar "recomendaciones" o "decisiones", según el contexto de que se trate. En el marco del Capítulo VI el Consejo adopta recomendaciones, mientras que en el

marco del Capítulo VII, relacionado con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, el Consejo puede adoptar decisiones vinculantes para todos los Estados, según lo establece el artículo 25 antes citado.

ii. Resoluciones de los órganos internacionales y formación del Derecho Internacional

Las resoluciones de los órganos internacionales, especialmente cuando son adoptados por consenso o por unanimidad, tienen una importancia muy particular en lo que respecta a la formación del Derecho Internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es una resolución, por lo que en principio no tendría valor jurídico, no sería vinculante desde este punto de vista. Sin embargo, la Declaración constata o reafirma la existencia de normas de derecho consuetudinario absolutamente vinculantes y da paso al perfeccionamiento de las mismas mediante su formulación.

Las resoluciones constituyen a veces la *opinio juris,* el sentimiento de que existe una norma de derecho internacional consuetudinario; en ocasiones permiten dotar de mayor claridad a una norma consuetudinaria preexistente, conseguir que sus efectos cristalicen, o inclusive crear esa norma.

b. Los actos (declaraciones) unilaterales de los Estados

La doctrina reconoce la existencia de actos unilaterales que se muestran autónomos, es decir, que no están vinculados a ninguna otra norma y que producen efectos por si mismos. Una tipología general aceptada enuncia varios de ellos que en determinadas circunstancias pudieren ser actos en este sentido.

Entre estos actos unilaterales autonomos, tenemos el r**econocimiento,** un acto clásico mediante el cual un Estado reconoce una situación, una pretencion o un hecho, lo que le es oponible desde entonces. Antes examinamos el reconocimiento de Estado y de Gobierno en Derecho Internacional pero sabemos que no son los únicos que se pueden apreciar en la practica. El Estado puede reconocer otras situaciones distintas, por acciones u omisiones, por el silencio mismo

que se convierte en aquiescencia, lo que genera derechos a otros Estado y por ello obligaciones a su cargo.

La **renuncia** es otro de los actos unilaterales clásicos, mediante el cual un Estado abandona voluntariamente un derecho o una pretensión. No se requiere tampoco en estos casos que la otra parte, sea beneficiaria o no del acto, consienta o exprese su consentimiento para que ese acto tenga validez. La renuncia debe ser expresa. Tal como lo han dicho los tribunales internacionales, especialmente la CPJI, la renuncia no se presume. (Caso *Lotus,* Decisión, del 7 de setiembre de 1927). La renuncia es incuestionablemente un acto unilateral desde el punto devista formal, aunque no para todos constituye un acto autónomo en el sentido que nos interesa, ya que ella puede estar relacionada con una norma anterior.

Un Estado puede también prometer algo, es decir, anunciar que asumirá una determinada conducta, lo que se traduce en una **promesa internacional** que también, en determinadas circunstancias, puede producir efectos jurídicos al Estado autor, es decir, crear obligaciones a su cargo, lo que se podría constatar en el Caso de los *Ensayos Nucleares*, en el que Francia se habría comprometido a asumir una determinada conducta.

Independientemente del contenido y del alcance de estos actos que han sido objeto de numerosos autores, entre ellos, Maria Isabel Torres Cazorla (*Los actos unilaterales de los Estados*, Tecnos, Madrid,2010), quien ha dedicado importantes trabajos al tema, debemos señalar que los actos unilaterales no estaban ni están todavía regulados por el Derecho Internacional, aunque después de diez años de trabajo, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó una serie de **Principios Rectores,** en 2006, que resumen la importancia de los actos unilaterales de los Estados en la vida jurídica internacional, principios que serán útiles a los Estados al momento de participar en las relaciones internacionales, en particular, cuando formulan a través de sus representantes, declaraciones unilaterales en el sentido que se da a éstas en dicho texto.

La CDI regula las **declaraciones unilaterales** como un medio de asumir obligaciones internacionales, cuando se dan, como se recoge en

dichos Principios Rectores, determinadas circunstancias. Una declaración unilateral puede contener un acto jurídico por el cual un Estado se compromete en el ámbito internacional. En algunos casos, esas declaraciuones tienen un contenido distinto, especialmente político, que se excluyen necesariamente del estudio de los actos unilaterales en estricto sentido

El resultado de los trabajos motivo un debate intenso sobre su existencia y sobre las posibilidades de concluir en el futuro una labor de codificación y de desarrollo progresivo, es decir, un Proyecto de Artículos susceptible de llegar a ser una Convención. Algunos consideraban que los actos unilaterales no existían en Derecho Internacional, por cuanto todos los actos dependen de una norma preexistente, sea convencional o consuetudinaria. Habría una vinculación entre el acto y el Derecho Internacional. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera hoy que tales actos existen y juegan un papel importante en las relaciones jurídicas internacionales, como lo evidencian la practica y la jurisprudencia mas reciente.

En mayo de 2013, Bolivia introdujo una demanda en contra de Chile relacionada con una *controversia relativa a la obligación de negociar para quese asegure el acceso soberano al Oceano Pacifico*, en la cual la demandante sostiene particularmente que "mas alla de las obligaciones geneales que le impone el Derecho Internacional, Chile se ha comprometido de manera mas particular, por los acuerdos, su practica diplomatica y una serie de declaraciones atribuibles a sus mas altos representantes, a negociar para que se asegure a Bolivia un acceso sorano al mar" (Comunicado de Prensa de la CIJ, 2013/11, del 24 de abril de 2013) lo que sin duda abre un nuevo espacio en la Corte de La Haya para que se examinen las declaraciones y los comportamientos unilaterales del Estado, como fuente de obligaciones internacionales.

Definir el acto unilateral en el sentido que nos interesa supone descartar los **comportamientos y actitudes del Estado** que aunque, sin ser actos, pueden también producir efectos jurídicos; y, como dijimos antes, los **actos meramente políticos,** tan frecuentes en las relaciones internacionales que no producen evidentemente efectos jurídicos.

El Estado puede comportarse de alguna manera en sus relaciones internacionales o asumir posturas que pueden tener un efecto jurídico, es decir, comprometerle desde ese punto de vista. Es el caso del **silencio,** cuando un Estado acepta mediante él una situación o una pretensión de otro Estado, lo que se traduce en **acquiesencia**. Un Estado que no actúa ante una pretensión de otro Estado o en relación con una pretensión suya puede compromterse jurídicamente. Desde luego, esto no es aceptable en todos los casos. Un Estado que deje de actuar para que no se agrave una controversia o la extensión de la controversia de que se trate, no podría ser considerado como una renuncia a sus pretensiones o un reconocmiento de las pretensiones de otro. Esto ocurre, particularmente, en el contexto de las medidas precautelares que un tribunal puede acordar para preservar los derechos de las partes en una controversia. En el Caso del *Navío Louise* el Tribunal del Mar, en su Providencia del 23 de diciembre de 2010, consideró a este respecto, concretamente, que "...el hecho, para una de las partes, de actuar o de dejar de actuar para evitar que se agrave o se extienda la controversia no podría ser interpretado de ninguna manera como una renuncia a cualquiera de sus pretensiones o a un reconocimiento de las pretensiones de la parte adversa"231 lo que había dicho antes, el mismo tribunal, en el Caso *Saiga.232*

Debemos descartar también los actos meramente **políticos** del Estado que no pueden ser considerados, por su propia naturaleza, fuentes de Derecho Internacional o de obligaciones internacionales, aunque dichos actos condicionen políticamente,de alguna manera, a los Estados en sus relaciones exteriores. Esta distinción no es fácil. La CIJ lo ha considerado en varias de sus Decisiones, llegando a la conclusión, en algunos casos de que el acto examinado era de naturaleza política y que por lo tanto no vinculaba al Estado autor. Es el Caso de la *Controversia territorial* (1986) en relación con el cual la Corte concluyó que la declaración de Mali era netamente política y que por lo tanto no vinculaba al Estado desde el punto de vista jurídico. En el Caso de los *Ensayos Nucleares*, la Corte se pronunció de manera distinta,

231 Providencia del 23 de diciembre de 2020, del TIDM.p.17, Pár. 79.
232 TIDM, Rec. 1998, pp :24-39, pár. 79.

adjudicando un valor jurídico a las declaraciones de los representantes de Francia.

Descartamos también los **actos unilaterales de los órganos internacionales**, examinados antes, que se ubican en el Derecho Interno de las organizaciones internacionales. Son actos unilaterales de origen colectivo, algunos recomendatorios, otros decisiorios, como vimos antes.

En determinadas circunstancias podríamos considerar la legislacion interna, como un acto unilateral en el sentido que nos interesa que, como veremos enseguida, se elabora sin que el Estado beneficiario haya participado en su elaboración. Algunos tribunales arbitrales constituido en el marco del CIADI han examinado legislaciones internas, especialmente en materia de inversiones, en los que el Estado acepta unilateralmente el recurso al arbitraje del Centro, que examinaremos con mas detenimiento mas adelante. Desde luego, como se deduce del examen que hace el tribunal arbitral que conoció el Caso de *Tidewater contra Venezuela* (Caso ARB/5/10), es una cuestión compleja, al menos en el contexto de la interpetacion de la Ley de Venezuela de 1999 sobre Inversiones. No es fácil como lo senalo el tribunal, considerar como un acto unilateral en estricto sentido estas legislaciones, ya que ellas remiten al Convenio Constitutivo del Centro, que tiene reglas precisas para la aceptación de la jurisdicción del Centro y de la competencia del tribunal.

i. Definición

El acto unilateral en estricto sentido es definido por algunos, en forma muy simple, como "un acto imputable a un solo sujeto"233. Otros consideran que el acto jurídico unilateral es "una manifestación de voluntad de un solo sujeto de derecho, creadora de efectos jurídicos"234. Otros afirman que "el acto jurídico unilateral consiste en una manifestación de voluntad de uno o más sujeto de derecho internacional con capacidad suficiente, no vinculada con ningún acto

233 DAILLIER, FORTEAU y PELLET, Droit International Public, cit. pár.235, p.394.

234REGALDIES, F. *Contribution a l'Etude de l'Acte juridique unilatéral en droit international public*, p. 417.

convencional, tendiente a crear una regla de derecho en el orden jurídico internacional y regida por el derecho de gentes"235.Un acto unilateral en sentido estricto consiste en **"una manifestación de voluntad realizada por uno o más sujetos de Derecho Internacional con la intención de producir efectos jurídicos, independientemente de la conducta de otro u otros sujetos de Derecho Internacional"**236**.**

Los actos unilaterales en estricto sentido son, principalmente, la **renuncia, la promesa, la protesta y el reconocimiento,** a los que referimos brevemente antes. Otros actos, como la **notificación**, pueden ser unilaterales en el sentido que nos interesa, aunque también convencionales si se relacionan con un tratado o acuerdo internacional.

El acto unilateral que nos interesa es formulado, por lo general, mediante una **declaración formal**, como se expresa en el Preámbulo de los Principios Rectores adoptados por la Comisión en 2006,al momento de definirlo. Se dice en en ese párrafo preambular que son actos unilaterales *stricto sensu* aquellos que "adoptan la forma de **declaraciones formales** formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del Derecho Internacional". (negrillas nuestras)

La **forma** del acto unilateral, es decir, si se formula por escrito u oralmente, no es decisiva para su calificación e interpretación. La Corte se expresó en los siguientes términos en sus Decisiones sobre los *Ensayos Nucleares*: "En lo que respecta a la forma**,** conviene notar que ese no es ámbito en el cual el derecho internacional impone reglas estrictas o especiales. Que una declaración sea verbal o escrita, ello no implica ninguna diferencia esencial, porque tales enunciados hechos en circunstancias particulares pueden constituir compromisos en derecho internacional, sin haber necesariamente sido consignados por escrito. La forma no es en consecuencia, decisiva"237.

---

235 BARBERIS, J., *Los Actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público*, p. 112.

236 TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 77.

237 CIJ. Rec. 1974, (Australia/Francia), pp. 267-268, Párr. 45 y CIJ. Rec. 1974, p. 473, pár. 48.

Los actos unilaterales en sentido estricto son actos **autónomos**, característica principal que permite su definición. La eficiencia jurídica del acto depende de la reacción de los otros Estados, del destinatario e incluso de terceros Estados, aunque esa reacción fuera sólo el silencio. Esa reacción podía adoptar la forma de la aceptación expresa o implícita o el rechazo238. La autonomía significa que son elaborados sin la participación del destinatario y que producen sus efectos jurídicos por si mismos.

Según la definición adoptada por la CDI, debe haber la **intención de producir** obligaciones en virtud del Derecho Iinternacional. Se trata, como se precisa en el Principio Rector 1 adoptado por la CDI en 2006:

> "Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas..."

Mediante un acto unilateral el Estado puede asumir obligaciones, al ofrecer derechos a otros, pero nunca imponer obligaciones jurídicas y obtener derechos sin que el otro u otros Estados acepten tal imposición. Esta es, sin duda, la caractristica principal del acto unilateral que os ocupa.

El Principio Rector 9 expresa que:

> "De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación conuna declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración".

Las declaraciones unilaterales formuladas en forma debida pueden producir efectos jurídicos en relación con un Estado, una organización internacional o cualquier otra entidad, en sus relaciones particulares. También pueden tener efectos *erga omnes*, como lo dijo la

238 Informe de la CDI, 55 período de sesiones, Doc. A/55/10, p. 167.

CIJ en sus Decisiones sobre los citado casos de los *Ensayos Nucleares* cuando señaló que "es del contenido real de las declaraciones y de las circunstancias en las cuales han sido formuladas que el alcance del acto unilateral debe ser deducido. Las declaraciones dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto (…) constituyen un compromiso *vis a vis* de ésta, comportando efectos jurídicos (*erga omnes*). Las características generales de estas declaraciones y su naturaleza son los elementos decisivos cuando se trata de apreciar los efectos jurídicos: para que estas declaraciones tengan un efecto jurídico no es necesario que las mismas estén dirigidas a un Estado en particular, ni que un Estado cualquiera declare su aceptación"239.

En el Principio Rector 6 se señala que:

> "Las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a lacomunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades;

ii. Capacidad para formular actos unilaterales

Siguiendo la norma establecida en la CVDT69, mediante la cual se afirma que todo Estado tiene **capacidad** para celebrar tratados (Art.6), se ha reconocido y así se expresa en los Principios Rectores, que "todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales" (Principio 2). De la misma manera, se traslada en gran medida el contenido de la CVDT69, relativas a la capacidad de las personas para comprometer al Estado mediante una declaración unilateral. Se amplia, sin embargo, la norma al extender tal capacidad a otras personas, de acuerdo con sus funciones.

El acto unilateral debe ser hecho por un órgano habilitado para actuar en nombre del Estado en el ámbito del Derecho Internacional, en general, sea en una esfera particular o en una materia determinada. Y, además, "... por personas que por su investidura y circunstancias estén habilitados para ello", lo que en la práctica y en la jurisprudencia internacionales se ha recogido.

239CIJ, Rec. 1974 (Australia/Francia), pp. 269-270, pár. 50-51; CIJ. Rec. 1974 (Nueva Zelanda /Francia), pp. 474-475, párs. 52-53

La práctica fue examinada con mucho detenimiento por la Comisión, aunque se consideraba que no era tan abundante como para extraer de ellas principios consolidados. En su octavo informe, el Relator Especial240 presentó una serie de actos que a su juicio constituían, por el carácter, al forma y el origen de su formulación y las reacciones producidas en los destinatarios e incluso en la conducta posterior de los declarantes, actos unilaterales en el sentido estricto del término. Esos actos habían sido formulados por personas autorizadas para ello. Tal es el caso de la Nota del 22 de noviembre de 1952, del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, en relación con la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago Los Monjes, enviada y dirigida al Embajador de Venezuela en Bogotá. Igualmente, la renuncia de Jordania a los territorios de la ribera occidental, formulado por el Rey de Jordania, el 31 de julio de 1988; la Declaración del Gobierno de la República de Egipto, del 24 de abril de 1957, mediante la cual se compromete a respetar los términos y el espíritu de la Convención de 1888 y los derechos y las obligaciones que emanan del mismo.

El Relator Especial consideró durante las discusiones en la Comisión que "la intención del Estado que formula el acto y la buena fe que debe regir las relaciones internacionales hacen suponer que otros representantes, además de los mencionados, pueden también obligar al Estado sin necesidad de poderes especiales...". Llama la atención un dato, relativo a la ausencia de mención expresa en los ordenamientos internos—a diferencia de lo que sucede respecto de la capacidad para actuar en el ámbito de los tratados— a los actos unilaterales. Las constituciones suelen guardar silencio respecto a este particular.

Tal como dijimos antes, las mismas personas que gozan de la capacidad para vincular al Estado en el ámbito convencional, podrían hacerlo respecto de los actos unilaterales. En el ámbito de la CDI se planteó si otras personas, además del Jefe de Estado, Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores; y, de las personas que pueden ser nombrados plenipotenciarios siguiendo la letra del Art. 7.2 del CVDT69, podían formular actos unilaterales y vincular jurídicamente al Estado al que representan.

240Doc. A/CN.4/557.

La Comisión examinó la doctrina y la práctica internacionales relevantes, para presentar un Principio relacionado con las personas habilitadas para actuar en nombre del Estado y de comprometerle mediante estas declaraciones. La Comisión consideró también la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial, de la CIJ. Así, en el Caso de la *Republica del Congo contra Ruanda*, en el que ésta sostuvo que el retiro de Ruanda de su reserva al artículo IX de la Convención sobre el genocidio es corroborada por una declaración hecha por el Ministro de Justicia de ese Estado, el 17 de marzo de 2005, durante la 61ª reunión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.241. La Corte examina en ese caso la validez jurídica de la declaración de la Ministro de Justicia en esa reunión de Naciones Unidas y señala entonces que "...es cada vez más frecuente, en las relaciones internacionales modernas, que otras personas que representan al Estado en ámbitos determinados estén autorizados por ese Estado a comprometerle, por sus declaraciones, en materias que relevan de su competencia. Así, por ejemplo, los titulares de los Ministerios técnicos que ejercen, en las relaciones exteriores, poderes en sus áreas de competencia..." En este Caso, la Corte consideró la declaración de la Ministra de Justicia de Ruanda ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y concluyó, que "...no podía aceptar el argumento de que Ruanda según el cual la señora Mukabagwiza no podía por su declaración, comprometer al Estado ruandés por el solo hecho de la naturaleza de las funciones que ejercía".242La Ministro habló ante la Comisión como Ministro de Justicia243.

La jurisprudencia internacional anterior había dado algunas indicaciones favorables en este sentido. Así, en las decisiones de la CIJ antes citadas en los Caso de las *Pesquerias*,244 en el *Templo de Preah Vihear245*y en el de *Minquiers y Ecrehous246*. En este último, como se recordará, la CIJ consideró una Nota del Ministro francés de la Marina.

241 CIJ.Rec.2002, p.21, pár.33
242 CIJ.Rec.2002,p.25, párrafos 48 y 49.
243 CIJ.Rec.2002,p.28. pár.48
244 Decisión del 2 de febrero de 1973. CIJ.Rec.1973.
245 Decisión del 26 de mayo de 1961. CIJ. Rec. 1961.
246 Decisión del 17 de noviembre de 1953. CIJ.Rec.1953.

En el también antes citado Caso de los *Ensayos Nucleares247*, la CIJ tomó en consideración, además de las declaraciones del Presidente y del Ministro de Relaciones Exteriores, e incluso, una Nota de la Embajada en Wellington, las declaraciones del Ministro francés de la defensa.

No fue así, sin embargo, en otros Casos, como el del *Golfo de Maine248*, en donde la CIJ desestimó la declaración de un funcionario técnico estadounidense por estimar que **no tenía capacidad para comprometer al Estado.** La CIJ dijo en concreto que "esta situación, relativa a la administración interna estadounidense, no permite a Canadá apoyarse sobre el contenido de una carta de un funcionario (...), relativa a un aspecto técnico, como si se tratase de una declaración oficial del Gobierno de Estados Unidos sobre los límites marítimos internacionales de este país".

La CDI recoge esta tendencia y adopta el Principio Rector 4 que señala:

> "Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado sólo si emana e una autoridad que tenga competencia a estos efectos. Envirtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno yministros de relaciones exteriores son competentes para formulartales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán serautorizadas para obligar a éste, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia. El acto unilateral realizado por una persona que no está facultado para ello puede ser, al igual que en el derecho de los tratados, confirmado por el Estado que representa".

Aunque no se recoge en los Principios Rectores se puede afirmar que al igual que en el derecho de los tratados, un acto realizado por una persona que no está facultada para ello puede ser confirmado por el Estado de que se trate.

iii. La interpretación de los actos unilaterales

247 Decisiones del 20 de diciembre de 1974 (Nueva Zelandia/Francia) Australia/Francia). CIJ.Rec.1974.
248 Decisión del 12 de octubre de 1984.CIJ.Rec.1984.

El acto unilateral es "elaborado", si vale utilizar el término, por un solo Estado o por varios si se trata de un acto colectivo, mientras que el acto convencional es elaborado por dos o más Estados quienes negocian, concluyen, aceptan textos antes de aprobarlo y someterlo al proceso de perfeccionamiento, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus regímenes jurídicos internos. Una declaración no resulta de una negociación, sino de una redacción o preparación unilateral de parte del Estado o Estados autores.249Se trata de procesos distintos, aunque ambos sean creadores de normas. Esta particularidad obliga un enfoque particular, cuando se trata de la interpreación del acto unilateral.

El acto unilateral, independientemente de su forma, de la elaboración o formulación particular, es una manifestación de voluntad que se expresa con una determinada intención. Las reglas de Viena podrían ser aplicables en algunos casos, sin desconocer que la especificidad de los actos unilaterales obliga a considerar otros principios cónsonos con su unilateralidad.

Sin duda, la **regla general de interpretación** contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 que establece que "el tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin" es aplicable a los actos unilaterales. La regla de interpretación general del acto unilateral se basaría en la buena fe y en su conformidad con el sentido ordinario que se atribuye a los términos de la declaración en su contexto y a la luz de la intención del autor. Además, dadas las caractrísticas del act unilateral, su interpretación debe ser **restrictiva** lo que se incluye en los Principios Rectores, como veremos luego.

En el derecho de los tratados prevalece el sistema de la voluntad declarada, aunque se toma en consideración el contexto, el objeto y el fin del tratado.250 En el caso de los actos unilaterales también

249 CIJ. Rec. 1952, pág. 105, Caso de la *Anglo Iranian Oil Co.*
250 Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

prevalece la voluntad declarada lo que resulta lógico por la forma de elaboración (formulación) del acto, en la que sólo participa el autor. La intención real del autor es conocida solamente por el mismo. Además, una declaración sólo podrá surtir sus efectos si "se enuncia en términos claros y específicos." (Principio 7) lo que corresponde a la necsidad de claridad en las relaciones internacionales.

En sus Decisiones relativas al Caso de los *Ensayos Nucleares* la Corte afirma, en relación con esta cuestión, que: "… es del contenido real de estas declaraciones y de las circunstancias en las que ellas son hechas que debe deducirse su alcance jurídico."251 A la Corte no le importa la forma, como vimos antes, cuando examina la que pueden revestir los actos o las declaraciones unilaterales, otorgando un valor determinante a la intención. En el Caso del *Templo dePreah Vihear,* citado en sus Decisiones sobre los *Ensayos Nucleares*, el tribunal dice que "la única cuestión pertinente es de saber si la redacción empleada en una declaración dada, revela claramente la intención".252

Ahora, desde luego, tal como en el régimen convencional, si del examen del texto de la declaración no se logra establecer la intención del Estado, habrá que recurrir al **contexto** y a las **circunstancias** e incluso, a la **reacción del destinatario y de terceros Estados.** Habría que agregar la importancia de la actitud ulterior e incluso de otros compromisos asumidos por el Estado autor que pueden facilitar la interpretación de la declaración y de las obligaciones derivadas de ella.

La Comisión aprobó en ese sentido el Principio 7 que reza:

> "Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser **interpretadas restrictivamente**. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la

251 CIJ. Rec. 1974, p.267, párr. 51.
252 CIJ. Rec. 1974, p.268, párr. 45.

declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló" (negrillas nuestras).

En el ámbito de los tratados, la situación es más clara y su solución es mucho más sencilla, pues existen trabajos preparatorios, reuniones, conversaciones, negociaciones previas entre las partes; pero, distintamente, dada la naturaleza del acto unilateral, estos trabajos no existen a menos que se quiera utilizar esta expresión para calificar los trabajos internos de los Gobiernos, en especial, de las Cancillerías, al momento de preparar y elaborar el acto que sería formulado más tarde. La dificultad en acceder a ellos hace que difícilmente, estos "trabajos preparatorios" puedan ser considerados como un recurso auxiliar para determinar la voluntad real del Estado autor del acto. Desde luego, puede ser útil recurrir a ellos, si éstos están a disposición.

En el contexto de los actos unilaterales prevalece el **principio de la interpretación restrictiva,** un principio específico que responde a la naturaleza del acto, el cual se ha aplicado incluso en relación con actos unilaterales no autónomos. En su Decisión sobre el Caso *Lotus,* sin precisar el carácter restrictivo del acto, en este caso una renuncia, la CPJI lo supone al señalar que "… las limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen."253 Al examinar las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, la CPJI y más tarde la CIJ, consideraron también que estas declaraciones aunque, es cierto, como dijimos no son actos unilaterales en estricto sentido, pero sí lo son formalmente, han de ser interpretadas restrictivamente.

Así, en el Caso de los *Fosfatos de Marruecos*, al precisar que la base de la excepción *ratione temporis* presentada por Francia era clara, la Corte dijo que "…en esas condiciones no es necesario recurrir a la interpretación restrictiva que, en la duda, podría recomendarse respecto de la cláusula en la que la interpretación no debería, en ningún caso, sobrepasar la expresión de voluntad de los Estados que la han suscrito".254 Igual consideración hizo en el Caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.*,

253 Serie A, No. 10.
254 CPJI, Serie A/B, No. 74, p.23

al examinar también una declaración de aceptación de su jurisdicción y al precisar que el Reino Unido "afirma que el texto de la declaración de Irán no es un texto contractual resultante de negociaciones entre dos o más Estados. Resulta de una redacción unilateral del gobierno de Irán que parece haber aportado una prudencia particular a la redacción del texto de la declaración (…) parece haber aportado *ex abundante* cautela, palabras que pueden, estrictamente hablando, parecer superfluas. Esta prudencia se explica por las razones particulares que condujeron al gobierno de Irán a redactar la declaración de una manera restrictiva". La Corte se funda en "la intención manifiesta de Irán".255

En sus Decisiones sobre los Casos de los *Ensayos Nucleares*, la CIJ confirma este principio en forma clara, aunque se refería en este caso implícitamente a una **promesa**. La Corte dijo entonces que "cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura (…) se impone una interpretación restrictiva".256 En el Caso de la *Controversia Territorial*, la Sala de la Corte al recordar sus Decisiones sobre los *Ensayos Nucleares* y el de las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra ésta,* precisó que "… debía mostrar de nuevo una mayor prudencia ante una declaración unilateral sin destinatario."257

La CDI recoge este principio en el Principio Rector 7 que dice:

> "…. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas **restrictivamente**. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló." (negrillas nuestras).

255 CIJ. Rec. 1952, p.105.
256 CIJ. Rec. 1974 (Australia/Francia), p.267, pár. 44; CIJ. Rec. 1974 (Nueva Zelanda/Francia),
pp. 472-473, pár. 47
257 CIJ. Rec. 1986, pp. 573-574, pár. 39.

iv. La modificación, terminación y revocación del acto unilateral

El acto unilateral no es inmutable; el mismo puede ser también objeto de **modificación** o de **revocación.** Lo importante es precisar sí ese cambio puede producirse también unilateralmente; y, de ser posible, en que condiciones y circunstancias. Desde luego, algunas declaraciones se **terminan** si en ellas se contempla esta posibilidad o si del objeto de la misma se puede deducir que la intención era tal. La terminación, en estos casos, difiere de la terminación o de la revocación arbitraria que no encuentra, por esa misma razón, ninguna justificación. En efecto, una declaración puede tener un compromiso limitado en el tiempo, por ejemplo, una acción de cooperación traducida en el hipotético caso del compromiso de enviar personal técnico por un tiempo a otro Estado o una ayuda o una acción de cooperación temporal. En estos casos, la terminación está claramente autorizada, lo que excluye la arbitrariedad.

Los actos jurídicos, en general, no pueden ser modificados, suspendidos, anulados o revocados arbitrariamente. Los actos jurídicos, en consecuencia, solamente pueden ser modificados o revocados en determinadas circunstancias y condiciones, mediante un acto unilateral que, desde luego, debe estar en conformidad con el Derecho Internacional. El acto convencional puede ser modificado o revisado, incluso terminado, en prinicipio, sólo de **mutuo acuerdo** entre las partes, principio general recogido en el artículo 57 de la Convención de Viena de 1969.

En el contexto de los actos unilaterales, la cuestión se presenta más compleja. Los actos unilaterales son distintos, como lo hemos dicho, lo que supone soluciones igualmente distintas. La cuestión que se plantea es si es necesario, para mofificar el acto, el asentimiento del o los destionatarios, aunque su elaboración sea unilateral.

Mediante algunas declaraciones se asumen obligaciones según sus propios términos (**promesa y reconocimiento**), en otros casos se **renuncia** a un derecho o a una pretensión lo que también genera obli-

gaciones a su cargo; o, se **protesta** ante una situación no implicando en estos casos, la asunción de obligaciones por parte del Estado autor.

En el primer caso, cuando un Estado **promete o reconoce** asume una obligación y en consecuencia otorga un derecho a un tercero, lo que el autor debe cumplir de buena fe. Se plantea una relación bilateral y una expectativa a favor del destinatario lo que no puede permitir, en nuestra opinión, su modificación, su terminación o su revocación en forma **arbitraria**. Sería necesario, en estos casos, en consecuencia, el "consentimiento" del destinatario. Una declaración de **renuncia** implica la concesión de derechos a un tercero y ello, a su vez, la asunción de obligaciones respecto del destinatario. En este caso, también parece necesario para evitar que el acto de modificación, revocación o terminación sea considerado arbitrario, el acuerdo del o los destinatarios.

Distintamente, mediante una **protesta** el Estado no otorga derechos, mas bien busca protegerlos. Su revocabilidad, para utilizar un término genérico, es posible aunque el Estado destinatario conozca la declaración por la cual el Estado autor protesta.

Un reconocimiento de Estado o de Gobierno —al menos *de jure*— sería, en principio, irrevocable, pero la práctica muestra que ha ocurrido en determinadas circunstancias. El gobierno de Emiratos Árabes y el de Arabia Saudita, por ejemplo, anularon el acto por el cual habían reconocido al Gobierno talibán de Afganistán. Igualmente, el reconocimiento de la República de China por algunos países, Costa Rica, recientemente, que sólo reconocían a Taiwán, refleja que el acto de reconocimiento hacia éste ha sido revocado. Estamos en este caso, ante un acto de revocación implícito.

La doctrina no es unánime. La jurisprudencia, sin embargo, parece favorecer **la imposibilidad de una revocación arbitraria**. Todo acto unilateral puede ser libremente revocado por su autor, con dos excepciones, a saber, los casos en los cuales el acto unilateral prevé que no podrá ser revocado o cuando el acto unilateral, habiendo sido

aceptado por su destinatario, se transforma en un acto convencional, que releva entonces del derecho de los tratados.

El autor de un acto jurídico unilateral, una vez exteriorizada su voluntad, no tiene un poder arbitrario de revisión; y, por lo tanto, no puede revocarlo en cualquier circunstancia. Esto significa que el autor de un acto jurídico unilateral no tiene la facultad de crear arbitrariamente, mediante otro acto jurídico unilateral, una norma derogatoria de la que había creado por medio de los primeros. La conclusión es que un acto unilateral puede ser revocado, pero, como dijimos, dentro de ciertos limites.

Para algunos el autor de un compromiso unilateral puede revocarlo o modificarlo, como vimos antes, si previamente recibe el consentimiento expreso de todos los destinatarios del mismo. Es una situación hipotética factible, cuando el destinatario es determinado. Pero, a veces, cuando estamos ante compromisos *erga omnes,* como sería el caso de los compromisos adquiridos por Francia por sus declaraciones unilaterales examinadas en los Casos de los *Ensayos Nucleares*, la situación es mucho más compleja.

De las Decisiones de la CIJ sobre los *Ensayos Nucleares* se puede deducir que los Estados tienen efectivamente la posibilidad de modificar o revocar sus actos unilaterales, pero hay que fijar unos límites. La Corte dice en esas Decisiones que "...el compromiso unilateral que emana de las declaraciones francesas no podría ser interpretado como que contiene la invocación de un poder arbitrario de revisión".

La CDI concluye con la adopción de un principio general, que queda establecido en el Principio Rector 10 en el que se establece que

> "Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estadoque hace la declaración **no puede ser revocada arbitrariamente.** Para determinar si unarevocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta:
>
> i) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación;

ii) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas;
iii) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias." (negrillas nuestras)

v. La nulidad del acto unilateral

Las causales de nulidad de un acto unilateral pueden basarse, en gran medida, en las recogidas en el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados, desde luego, con las reservas que produce el hecho de su unilateralidad en la formulación. Las causales del régimen de Viena deben considerarse en función del acto. El **error,** por ejemplo, no se podía presentar en los mismos términos que en contexto de Viena. El error cometido por un Estado al formular un acto unilateral debía ser más fácil de corregir que el error cometido por un Estado al adoptar el texto de un tratado siempre que ese error no altere la obligación asumida por la declaración, lo que podría ubicarlo en la revocación arbitraria.

En el Derecho de los Tratados se prevé que para considerarlo vicio del consentimiento, la **violación de una disposición del derecho interno** concerniente a la competencia para celebrar tratados debe ser manifiesta y en contradicción con una norma fundamental de su derecho interno. Para algunos, partidarios de la teoría dualista, la contrariedad de un acto jurídico con una norma de derecho interno no afecta la validez del acto. Tal fue la posición del Juez Anzilotti en el Caso de *Groenlandia Oriental* cuando se refiere a la cuestión de saber si el derecho constitucional autorizaba al Ministro Ihlen a hacer esta declaración. El juez indicó entonces que eso no era de la incumbencia del gobierno danés: en la negativa, precisa el juez, habría solamente un problema de responsabilidad interna que no alteraba en nada la fuerza obligatoria de la declaración.

En el caso de los actos unilaterales, la declaración formulada por un funcionario que no es competente o no tiene la facultad de comprometer al Estado, no produce efectos jurídicos, como ucrrió en el caso antes señalado del *Golfo de Maine.*

Por otra parte, un acto unilateral es **nulo** si es formulado en contradicción con una **norma imperativa de Derecho Internacional** o del ***jus cogens***. Al igual que en el derecho de los tratados, un acto unilateral no puede ser contrario a una norma del *jus cogens*. En ese caso, el acto es nulo y de manera abosluta. Un acto prometiendo o reconociendo un acto de agresión o el compromiso de adoptar políticas genocidas o discriminatorias, resultan nulos al contradecir normas incuestionablemente imperativas del Derecho Internacional.

En el Principio Rector 8 se establece claramente que:

> "Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general"

Una última cuestión que se plantea en este contexto es el relativo a la invocación de la nulidad, es decir, si dicho poder puede ser ejercido por el Estado autor, por un destinatario o por un tercer Estado. Desde luego, de nuevo nos encontramos ante la variedad de actos y ante su contenido, especialmente. La nulidad de un acto contrario a una norma del *jus cogens* podría ser invocada por cualquier Estado. Un acto contrario al Derecho Internacional general o a un principio jurídico del derecho de los tratados, como el que ningún Estado puede imponer obligaciones a otros sin su consentimiento, puede ser invocado también por cualquier Estado. Por ejemplo, las Leyes de los Estados Unidos *Helms-Burton* y *D'Amato-Kennedy*, mediante las cuales se trata de imponer obligaciones *erga omnes*. En este caso, la misma comunidad internacional se ha pronunciado, mediante resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y a través de declaraciones, refutando la validez jurídica y por ende la aplicabilidad de estas leyes internas, en el plano internacional.

En relación con el tipo de acto, la nulidad de un **reconocimiento** de un Estado puede ser invocada por otros Estados, pero difícilmente por el autor o por el destinatario mismo. Un reconocimiento prematuro de un Estado "en gestación", por ejemplo, puede significar la violación de una obligación del Estado autor hacia el Estado que ejerce la soberanía sobre dicho territorio. Es un acto

contrario a obligaciones preexistentes cuya nulidad puede ser invocada por el Estado soberano, es decir, el Estado directamente interesado aunque no es el destinatario del acto.

En el caso de la **renuncia** podría pensarse que solamente el Estado autor estaría en capacidad de invocar la nulidad del acto. Aunque, un tercer Estado puede invocar la nulidad de una **renuncia traslativa** si ella contradice la relación jurídica entre el Estado autor y éste. Es el caso de la cesión de un territorio que pertenece a otro Estado. Este último estaría lógicamente en capacidad de invocar la nulidad del mismo.

vi. El fundamento jurídico de la obligatoriedad de los actos unilaterales

En el derecho interno, el fundamento de la obligatoriedad de los actos jurídicos en general es la ley. Igual afirmación puede hacerse en relación con los actos unilaterales en ese contexto. Actos relacionados con el testamento, las donaciones, entre otros, fundan su validez en la legislación interna. En el ámbito internacional, la situación es más compleja dada la ausencia de un régimen jurídico aplicable a estos actos. Las posiciones doctrinales son distintas. Desde los que niegan el carácter jurídico de los actos unilaterales *stricto sensu* aunque no los que se ubican en la relación convencional, desde luego, hasta los que consideran que el acto unilateral funda su validez en la **buena fe y en la necesaria confianza y seguridad jurídicas en las relaciones internacionales.**

Para algunos, la obligatoriedad del acto unilateral reposa en el Derecho Internacional general. Así, estos actos podrían encontrar su fuerza jurídica en el principio *pacta sunt servanda* que trasladado del derecho de los tratados al ámbito de los actos unilaterales, podría expresarse como: *promissio est servanda*, *acta est servanda*, *declaratio est servanda*, lo cual, es cierto, no goza del apoyo unánime de la doctrina.

La CIJ, en el Caso de los *Ensayos Nucleares*, asigna el papel que corresponde a la intención, para determinar la fuerza obligatoria del acto o de las declaraciones francesas. Un compromiso de esta natura-

leza, expresado públicamente y con la intención de vincularse, dice la Corte en su Decisión.258 Y, la **intención** del Estado de vincularse por sus actos unilaterales hace intervenir el principio de la buena fe.259 La CIJ precisó a ese respecto que "así como la regla del derecho de los tratados *pacta sunt servanda*, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por una declaración unilateral reposa en la buena fe. Los Estados interesados pueden pues tener en cuenta declaraciones unilaterales y confiar en ellas y están autorizados a exigir que la obligación creada sea respetada".260

La doctrina comparte por lo general también que es en la **buena fe** que reposa el carácter obligatorio de estos actos. Así, como dice Reuter, la afirmación del carácter vinculante de la promesa "está basada en el principio de la buena fe y más concretamente en la obligación de respetar las convicciones que se han hecho nacer por su comportamiento."261 La relación entre la confianza y la buena fe la destacan algunos cuando dicen, al referirse a la promesa, que "…es en esta confianza en la palabra dada que se encuentra el fundamento de la validez de la promesa (…) el interés superior de las relaciones internacionales exige que la promesa sea obligatoria al momento en que ella es del conocimiento del sujeto interesado y ese interés se traduce en el principio de la buena fe que debe regir todas las relaciones internacionales".262

En el Principio Rector Primero adoptado por CDI en 2006 se dice que

> "Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste lavoluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando sedan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones sefunda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en

258 CIJ. Rec. 1974, p. 267, párr. 43.
259 SKUBISZEWSKI, K. art. Cit. 245.
260 CIJ. Rec. 1974 (Australia/Francia) p.268, pár. 46; CIJ, rec. 1974 (Nueva Zelanda/Francia) p. 473, pár. 69.
261 REUTER, P. *Droit International Public*, p. 164, Thémis, Paris, 1983.
262 SUY, E. op. cit. P.151.. Ver también SICAULT, J.D. Art. Cit.

cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones".

c. Textos internacional que pueden constituir fuentes de Derecho Internacional

Tal como observamos antes al examinar la definición del tratado internacional, derechos y obligaciones a cargo del Estado de otro sujeto de Derecho Internacional pueden emanar de textos internacionales distintos al tratado. Se trata, entre otros, de los **Comunicados y Declaraciones conjuntos** suscritos al termino de encuentro entre representantes de dichos sujetos, de **Actas** y **Minuta**s (*Proces Verbaux)* de una de esas reuniones o encuentros y de **Comunicados de Prensa** suscritos o simplemente emitidos al termino de unos de sus encuentros. La denominación de estos textos, si aplicamos el mismo criterio aplicable al tratado, visto cuando lo definíamos en capitulo anterior, no afecta su contenido. A veces Declaracions conjuntas, Actas Finales, Comunicados Conjuntos resultan expresiones similares para representar el documento final de una reunión y ello, independietemente de que haya sido o no suscrito por las partes.

Las Declaraciones o Comunicados conjuntos son documentos suscritos o simplemente emitidos al termino de una reunión, que reflejan los acuerdos a los que hubieren podido llegar los representantes de los participantes. No se trata de necesariamente de documentos meramente políticos, desprovistos de valor jurídico. Estamos ante textos que pueden contener compromisos a cargo de las partes que lo suscriben o lo emiten. Habria en ellos pues acuerdos entre las partes que podrían tener un valor jurídico, es decir, vinculantes desde este punto de vista.

La practica internacional muestra esta realidad que pese ser, por lo general político, no deja de interesar al Derecho Internacional.

Otras veces, tras reuniones entre delegaciones de las partes, se elabora e incluso muchas veces se suscribe, una Minuta, Acta o *Proces Verbal* que reflja el desarrollo de la reunión, la agenda examinada y en algunos casos, los compromisos, políticos o jurídicos que asumen las partes en la misma.

En el Caso de la *Delimitación de la frontera marítima entreBangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala,* el Tribunal Internacional de Derecho del Mar263,instancia jurisdiccional internacional que examinaremos detenidamente más adelante, aborda el examen del **Acta (*Proces Verbal*)** de la reunión realizada entre las delegaciones de Bangladesh y Myanmar en relación con la delimitación marítima entre los dos países, del 23 de noviembre de 1974. Para Bangladesh el Acta en cuestión constituía un acuerdo y afirmaba que "un acuerdo en los términos a que se refiere el artículo 15 de la Convención no debe ser necesariamente concluido en la forma de "un tratado vinculante negociado en buena y debida forma". Bangladesh fundamentaba su posición en el hecho de que para ella los términos del Acta eran "claros y sin ambiguedad" y que "el sentido ordinario que se le pueda dar a los términos indica que se había convenido una frontera". Además, que los términos del Acta habían sido confirmados posteriormente por las deelgaciones de los dos países. Los objetivos y el objeto del acuerdo, asi como el contexto en el que se había realizado eran igualmente claros.

Myanmar, pos su parte, consideraba que el Acta no constituía un Acuerdo; que no había sido aprobada de conformidad con los procedimientos constitucionales de los dos Estados. Afirmaba Myanmar que no se podía deducir a la ligera la existencia de un Acuerdo de Delimitación, como lo había señalado antes la Corte de La Haya en su Decisión sobre cuestiones preliminares en el Caso de la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe.264*Según Myanmar, de los términos del Acta se podía deducir que la misma "no había sido jamás considerada un acuerdo vinculante".

El Tribunal del Mar consideró también que la "forma no importa"; que solamente importan la "naturaleza y su contenido jurídico" y recuerda que había reconocido en el Caso *Hoshinmaru* que "un Acta podía constituir un acuerdo", lo que la CIJ había dicho antes en el Caso de la *Plataforma Continental en el Mar Egeo,* en el relativo a la *Aglo-Iraniean Oil Co*, antes citados y en de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, en el que dice "un acuerdo

263 Decisión del Tribunal, del 12 de marzo de 2012, párs: 57 y ss.
264 CIJ.Rec. 2007, p.735, pár.253.

internacional puede tomar distintas formas bajo denominaciones diversas"*265*. Para el Tribunal del Mar "un Acta puede constituir un Acuerdo".

El Tribunal del Mar consideró, finalmente, que los términos del Acta confirman que no constituían un Acuerdo en el sentido a que se refiere el artículo 15 de la CNUDM y que las circunstancias en que se elaboró no podían permitir la presencia de compromisos jurídicos. El Tribunal concluyóque "los elementos de prueba presentados por Bangladesh no demuestran la existencia de un acuerdo tácito o *de facto* en la frontera del mar territorial..."266

Los **Comunicados de Prensa**, muy importantes desde el punto de vista político, pueden ser también relevantes jurídicamente, como lo sostuvo Grecia en su demanda en contra de Turquía en el Caso de la *Plataforma continental del Mar Egeo*. Grecia fundaba la competencia de la Corte en el Acta de Solución de Controversias de 1928, junto a los artículos 36-2 y 37 del Estatuto del Tribunal; y, en el **Comunicado de Prensa** del 31 de mayo de 1978, ni suscrito ni paragrafeado. El Comunicado fue simplemente entregado a la prensa (CIJ, Rec.1978, p.7, pár.12 y p.39, pár.94). Grecia interpetaba ese Comunicado de Prensa como fuente de la jurisdicción de la Corte, lo que rechazó Turquía fuera del proceso pues, como se sabe, Turquía no compareció. Para Turquía, ese Comunicado no podía ser considerado un Acuerdo internacional y que en caso de que lo fuere, tendría que ser ratificado por Turquía.

Para Grecia el Comunicado podía constituir un Acuerdo internacional. Lo que importaba era que el mismo contuviese disposiciones convencionales. La Corte dice en esa Decisión sobre cuestiones preliminares de 1978 que **no existe regla en Derecho Internacional que prohiba que un Comunicado Conjunto constituya un acuerdo internacional** destinado a someter una controversia a un arbitraje o al arreglo judicial. La forma no es lo importante. Lo que si es importante determinar son los términos empleados y las circunstancias, lo que determina a su vez la intención de las partes de asumir un compromiso. La Corte interperta el texto y el contexto, reuniones

265 CIJ.Rec.1994, p.120, pár. 23.
266 Decisión del Tribunal, del 12 de marzo de 2012, pár. 118.

anteriores de los Ministros de los dos países y Comunicados publicados en relación con ellas, al igual que correspondencia ulterior y concluye que el Comunicado no tenía por efecto constituir de la parte de los Primeros Ministros de los dos países un compromiso inmediato adoptado a nombre de sus respectivos Gobiernos, de aceptar incondicionalmente que el caso fuese llevado a la Corte por demanda unilateral. No es pues, concluye el tribunal, un fundamento válido para establecer su competencia para conocer la demanda introducida por Grecia, el 10 de agosto de 1976 (CIJ, Rec. 1978, p.44, pár.107).

II

Situaciones y controversias internacionales: políticas y jurídicas. Otras controversias jurídicas. Normas y principios aplicables. Mecanismos no jurisdiccionales de solución de controversias: La negociación, los buenos oficios, la mediación, la encuesta y la conciliación internacionales. Mecanismos jurisdiccionales: El arbitraje. El arreglo Judicial: la Corte Internacional de Justicia. El sistema de solución de controversias en el marco de la Convención de Naciones Unidas del Derecho del Mar.El sistema de solución de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). La solución de controversias en el contexto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Las controversias administrativas internacionales: El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TANU) y el Sistema de Naciones Unidas. Parte XII, las controversias comerciales no internqacionales y los órganos de solución.

III. SITUACIONES Y CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

i. Situaciones internacionales

La Carta de las Naciones Unidas no define los términos **controversia** y **situación**. No hay en ella un criterio objetivo que permita distinguirlos. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha calificado de situación o de controversia cuestiones que no responden a un criterio determinado o único, lo que dificulta aproximarse a una definición.

La práctica ha sido diversa a través de los años. En el caso de España, considerada por el Subcomité establecido por la resolución del Consejo de Seguridad, del 4 de abril de 1946, se calificó de "**situación"** lo que se planteaba en ese país en relación con la permanencia en el poder de Franco, al considerarse que dicha **cuestión** era de carácter interno. Más tarde, el Consejo de Seguridad consideró la "cuestión" de Indonesia, relativa a su independencia, como una **controversia**, (Res. del 25 de agosto de 1947); luego, en relación con Cachemira, que oponía India de Pakistán, el Consejo calificó la cuestión de "situación" (Res. del 7 de enero de 1948).

La práctica más reciente muestra, sin embargo, que determinadas cuestiones, de carácter general, en la que no hay una oposición de tesis o posiciones políticas entre dos o más Estados, son consideradas "situaciones". El Consejo, por ejemplo, ha calificado siempre de "situación" la cuestión del Medio Oriente, como se observa en la última resolución adoptada por el Consejo de Seguridad, el 22 de diciembre de 2010. De la misma manera el Consejo se refiere a Timor-Leste (Res.del 24 de febrero de 2011), Cote d'Ivoire (Res. del 16 de febrero de 2011) o Irak (Res. Del 25 de julio de 2012).

El Consejo de Seguridad ha calificado de "situaciones" numerosas **cuestiones internas graves** relacionadas con la violación masiva y sistemática de los derechos humanos y la realización de crímenes de trascedencia internacional, pero que de alguna manera amenazan la paz y la seguridad internacionales. En el caso reciente de los acontecimientos ocurridos en Libia después del 15 de febrero de 2011, el Consejo de

Seguridad adoptó la resolución 1970 (2011), el 26 de febrero de 2011, en la que expresa su "grave preocupación por la situación en la Jamahiriya Árabe Libia...". En relación con Siria, en donde se produce un conflicto de orden interno grave, de alcance internacional, el Consejo ha adoptado varias rsoluciones dentro del tema "Situación en el Medio Oriente", como la resolución 2052, adoptada el 27 de junio de 2012; y, la 2059, del 20 de julio de 2012, mediante la cual "prorroga el mandato de la Misión de Supervisión de las Naciones Unidas..."

Aunque no hay una práctica constante del Consejo ni de la Asamblea General que permita establecer con claridad cuando se está ante una situación o una controversia se puede afirmar que la **situación** a que se refiere la Carta presenta rasgos de objetividad, al referirse a hechos que no constituyen reclamaciones o posturas jurídicas concretas y opuestas, pero que pueden amenazar la paz y la seguridad internacionales. La **situación** puede ser considerada una etapa previa al conflicto y distinta a la controversia en el sentido estricto del término.

Las **situaciones internacionales,** como veremos más adelante, son examinadas por el Consejo de Seguridad, que tiene "la responsabilidad primordial de mantener las paz y la seguridad internacionales..." (Art.24-1) o por la Asamblea General que tiene la facultad —aunque limitada, como veremos— de conocer "toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales..." (Art.11-1).

La Carta se refiere en forma separada a ambos conceptos, aunque no los define. En el artículo 1-1, por ejemplo, se señala que los Propósitos de la ONU son: "Mantener la paz y la seguridad internacionales (...) y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o el arreglo de las **controversias** o **situaciones internacionales** susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz." Igualmente, en el artículo 11-2 se precisa que: "la Asamblea General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia **situaciones** susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales". También el artículo 12-1 de la Carta hace esa distinción: "1.Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna (...) con respecto a una **controversia o situación...**". En el artículo 33, la Carta solamente se refiere a las

controversias: "1. Las partes en una controversia... (...) 2. El Consejo de Seguridad llamará a las partes a que arreglen sus controversias...".

El artículo 34 y el 35-1 de la Carta distinguen nuevamente ambos términos al señalar que: "El Consejo (...) podrá investigar toda **controversia** o toda **situación**..." (Art. 34) y que: "Todo Miembro de Naciones Unidas podrá llevar cualquier **controversia** o cualquier **situación**..." (Art. 35-1).

En todo caso, situaciones y controversias afectan la paz y la seguridad internacionales, asi como la estabilidad en las relaciones internacionales. Tales situaciones y controversias exigen una solución pacífica, de conformidad con los diversos mecanismos que establece el Derecho Internacional.

ii. Controversias políticas y controversias jurídicas internacionales

Distintas a las **situaciones**, las **controversias** son más subjetivas o precisas. Las **controversias** o **diferencias** como se usa en contextos particulares, como la OMC y el CIADI, pueden ser **políticas** o **jurídicas**. Las primeras afectan las relaciones dentro de ese ámbito entre los sujetos de Derecho Internacional, especialmente entre Estados. La controversia debe ser distinguida también del **conflicto de intereses**, como se delimita claramente en el contexto de las cuestiones que trata el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de inversiones (CIADI), al momento de determinarse la jursidicción y la competencia de los órganos arbitrales que puede constituir el Centro.

Al decir de Caflisch "las controversias interestadales (...) son desacuerdos entre dos o más Estados sobre puntos de hecho, puntos de derecho o de intereses. En la primera eventualidad, el asunto puede ser llevado a un tercero imparcial cuya misión se resumirá en constatar los hechos. En el segundo caso –oposición de tesis jurídicas- el recurso a la vía jurisdiccional parece imponerse, mientras que en regla general los

litigios fundados en reivindicaciones políticas deberían ser el objeto de medios diplomáticos.267

Si bien ello es cierto, nada impide que una controversia jurídica pueda ser consierada por un órgano político o diplomático. Es posible aunque no resulta en todos los casos, que la controversia sea resuelta dentro de un acción mediadora, de buenos oficios o de conciliación.

Se podría afirmar que una controversia es jurídica cuando las partes se contestan recíprocamente un derecho y política cuando una de ellas exige la modificación del estado del derecho existente entre las partes[268]. Cuando las pretensiones son de orden jurídico, basadas en consideraciones jurídicas o de derecho, la controversia es jurídica.

El artículo 13 del **Pacto de la Sociedad de Naciones** asomaba ya una distinción entre ambas categorías de controversias, al señalar que "los Miembros de la Sociedad convienen en que si surgiera entre ellos una divergencia susceptible, a su juicio, de una solución arbitral o judicial y si esa controversia no se puede solucionar por la vía diplomática, la cuestión será sometida integralmente a una reglamentación arbitral o judicial".

En esta misma disposición se precisa que las controversias jurídicas se relacionan con la "interpretación de un tratado, cualquier cuestión de derecho internacional, a la realidad de cualquier hecho que, si se establece, constituirían la ruptura de un compromiso internacional o al alcance o a la naturaleza de la reparación debida, por tal ruptura".

Por su parte, en el **Tratado General de Arbitraje Interamericano**, suscrito en Washington el 5 de diciembre de 1929, se considera que una controversia es jurídica cuando se refiere a: (a) la interpretación de un tratado; (b) cualquier punto de derecho internacional; (c) la existencia de todo hecho que si fuere comprobado constituiría violación de una obligación internacional; (d) la naturaleza y extensión de la reparación que debe darse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

---

267 CAFLISCH, L., *Cent ans de réglement pacifique des différends intéretatiques*, RCADI de La Haye, T. 288 (2001), p. 271.

268 COMBACAU, J y SUR, S, *Droit International Public*, p. 557, Paris, Montchrestien, 2008.

El artículo 36-2 del **Estatuto de la CIJ** recoge esta formulación que enuncia los tipos de controversia jurídicas sin concluir que la misma es limitativa y que no puedan existir otras expresiones de la controversia jurídica.

La **controversia jurídica** es definida con mayor precisión por la CPJI en el Caso *Mavrommatis*, asunto planteado por Grecia contra Gran Bretaña por demanda del 13 de mayo de 1924, en el que Grecia reclamaba que el gobierno de Palestina desconocía, desde 1921, los derechos adquiridos por el señor Mavrommatis, ciudadano griego, por los contratos y acuerdos concluidos por él con las autoridades otomanas en relación con algunas concesiones para realizar en Palestina ciertos trabajos públicos. El gobierno de Grecia planteó que el gobierno de Palestina, en consecuencia el gobierno de su Majestad Británica, había rechazado ilegalmente, desde 1921, reconocer los derechos plenos adquiridos por Mavrommatis, a la vez que solicitaba una reparación pecuniaria. La CPJI, en sun Decisión de 1924, sobre este Caso definió la controversia como "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas"[269].

Ese criterio es reafirmado y precisado por la Corte actual en el Caso de *Timor Oriental* en el que Portugal demandó a Australia por ciertas actividades en relación con Timor Oriental. Para Portugal, Australia, por su comportamiento, había dejado de cumplir la obligacion de respetar sus deberes y derechos como potencia administradora y el derecho de Timor Oriental a la libre determinación y los derechos conexos. Australia plantea algunas cuestiones relacionadas con la competencia del tribunal y la admisibilidad de la demanda. En particular, interesa en este momento, Australia alegaba que no había una "controversia jurídica" y que por lo tanto no podía conocer la cuestión. La Corte considera el asunto y recuerda la Decisión antes mencionada en el Caso *Mavrommatis*, su Decisión sobre el *Camerún Septentrional*270 y la Opinión en el asunto de la *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativos a la Sede de las Naciones*

[269] CPJI, Serie A, No 2, pp. 11 y 12.
270 CIJ, Rec.1966, p.27.

*Unidas*271. La Corte señala en su Decisión del 30 de junio de 1995 que Portugal había planteado cuestiones de hecho y de derecho que Australia había rechazado y que por el solo hecho del rechazo, existía una controversia272.

A pesar de su naturaleza jurídica, una controversia puede tener también **elementos políticos**, como se puede observar en el Caso del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* que opuso a Estados Unidos e Irán, tras las manifestaciones en Teherán, en 1979, que concluyeron con la ocupación por "estudiantes islámicos" de los locales de la Embajada americana en Teherán. En este Caso, Estados Unidos solicitó a la Corte, en su demanda introducida el 29 de noviembre de 1979, que: "... tolerando, aupando y absteniéndose de prevenir y de reprimir el comportamiento descrito en la exposición de hechos (...) el gobierno de Irán violó sus obligaciones jurídicas internacionales en relación con los Estados Unidos resultantes de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, la Convención sobre la prevención y la represión de infracciones contra las personas que gozan de protección internacional, comprendidos los agentes diplomáticos, de 1973, el tratado irano-americano de amistad, comercio y derechos consulares de 1955 y los artículos 2, parágrafos 3 y 4; y 33 de la Carta". En la demanda se pedía la liberación inmediata de los rehenes y su salida segura del territorio de Irán. Igualmente, el gobierno de Estados Unidos solicitaba reparación por los daños y el procesamiento de los responsables de tales actos.

Los hechos y el alcance político de estos hechos no afectaron la naturaleza jurídica de la controversia, como lo dijo la CIJ en su Decisión sobre ese Caso: "las controversias jurídicas entre Estados soberanos tienen, por su misma naturaleza, todas las posibilidades de surgir en contextos políticos y no representan sino un elemento de la controversia política mas vasta…"[273]. En otros casos, la Corte ha llegado a la misma conclusión. Asi, en un caso particular sobre una controversia relativa a

271 CIJ, Rec.1988, p.27, pár.35.
272CIJ,1995, p.100, pár.22. Ver también Decisión Caso *Sudoeste africano*, Excepciones Preliminares, CIJ. Rec.1962, p.328.
[273] CIJ. Rec. 1980. p. 20, pár. 37.

una delimitación, la Corte dijo que "una controversia (...) por la delimitación de su plataforma continental puede difícilmente no contener algún elemento político. (Caso de la *Plataforma continental del mar Egeo* CIJ, Rec.1978, p.13, pár.31)

La cuestión de los **elementos políticos** de una controversia jurídica fue considerada también por la Corte en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares* que opuso a Estados Unidos y a Nicaragua por las acciones que desde fuera y dentro de Nicaragua realizaba Estados Unidos en contra del régimen sandinista, por reclutar, formar, armar, equipar, financiar, aprovisionar y por estimular, apoyar, asistir y dirigir todas las formas de acción militar y paramilitar en Nicaragua y en contra de ésta, en violación de sus obligaciones derivadas del artículo 2-4 de la Carta de las Naciones Unidas, los artículos 18 y 20 de la Carta de la OEA, el artículo 8 de la Convención relativa a los derechos y los deberes de los Estados y el artículo 1 de la Convención relativa a los derechos y deberes de los Estados en caso de luchas civiles[274].

En su Decisión sobre este Caso la Corte precisó que "… no ignora que un diferendo jurídico que se le someta pueda presentar aspectos políticos. Pero, como órgano judicial, ella debe determinar, por una parte, si la controversia que se le somete es de orden jurídico, es decir, si es susceptible de ser resuelta por la aplicación de los principios y de las reglas de derecho internacional: y, por otra parte, si el ejercicio de esta competencia no está obstruida por circunstancias que hacen inadmisible la demanda"[275].

Por otra parte, para determinar si existe una controversia jurídica no basta con que una de las partes así lo considere. Debe haber, en efecto, una oposición de tesis y pretensiones, como vimos antes cuando la definíamos. En el Caso del *Sudoeste africano* (Etiopía contra Sudáfrica y Liberia contra Sudáfrica), referente a la continuación del Mandato del Sudoeste Africano (actual Namibia) y los deberes y comportamientos de Sudáfrica como potencia mandataria, la Corte examinó nuevamente la cuestión relativa a la determinación o existencia de una controversia. En

---

274 Demanda de Nicaragua del 9 de abril de 1984.

275 CIJ. Rec. 1988, p. 91, pár. 52.

su Decisión del 21 de diciembre de 1962 (Excepciones Preliminares) la Corte, antes de considerar las objeciones preliminares presentadas por Sudáfrica, estimó necesario decidir la cuestión previa relativa a la existencia de la controversia objeto de la demanda. Sobre este punto mantuvo que "**no bastaba con que una parte en un asunto contencioso afirmase la existencia de una controversia de orden jurídico con la otra parte.** Debía probarse que la reclamación de una de las partes tropezaba con la oposición manifiesta de la otra. Aplicando este criterio no cabía duda acerca de la existencia de una controversia entre los Estados que comparecían ante la Corte, puesto que lo probaban claramente sus actitudes opuestas en cuanto al cumplimiento por la parte demandada, en su calidad de Potencia Mandataria, de las obligaciones dimanantes del mandato"[276]. (negrillas nuestras)

Distintamente, el hecho de que una parte estime que no hay una controversia entre las partes, no puede llevar a la conclusión de que esa controversia no existe. Esta cuestión fue examinada por la CIJ en el Caso de la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, considerado por la Corte basándose en una solicitud de la Asamblea General (Res. del 19 de octubre de 1949). En abril de ese año se había planteado a la Asamblea General la cuestión del respeto de los derechos humanos en Bulgaria y Hungría, adoptándose entonces una resolución en la que se expresaba preocupación por tal situación y se señalaba la obligación que tenían los gobiernos de esos países, en virtud de los tratados que habían firmado con las potencias aliadas y asociadas, incluida la obligación de cooperar en la solución de todas esas cuestiones.

En su Opinión Consultiva sobre esta cuestión, del 30 de marzo de 1950, la CIJ examinó la solicitud de la Asamblea General de la ONU, en la que se pedía a la Corte determinar si existía una controversia entre algunos Estados y Hungría, Bulgaria y Rumania en relación con el artículo 2 del Tratado con Bulgaria y Hungría y el artículo 3 del Tratado con Rumania. La Corte dijo entonces que "la existencia de una

---

[276] Resúmenes de los fallos, Opiniones consultivas y Providencias de la CIJ, 1948-1991, p. 87, Doc. ONU, New York. 1992. Decisión de la CIJ, Rec., 1962, p. 328. Ver también la Opinión Consultiva de la Corte en el asunto de la *Interpretación de los tratados de paz concluidos entre Bulgaria, Hungria y Rumanía; CIJ. Rec.1950.p.74.*

controversia internacional exige que sea establecida objetivamente. El simple hecho de que sea discutida la existencia de una controversia, no prueba que ella no exista. Se ha producido una situación en la que puntos de vista de las dos partes (...) son claramente opuestos..."[277].

Las controversias pueden surgir por la **interpretación o la aplicación** de un texto jurídico o de una norma jurídica internacional; y, por el incumplimiento o la violación de las obligaciones internacionales del Estado que se derivan de un determinado texto o en cualquier caso, de una norma de Derecho Internacional general. En la mayoría de los textos internacionales, cuando se hace referencia al tema de la solución de controversias, se precisa que las controversias de que se trata se refieren a la "interpertación y la aplicación" de los mismos. Es el caso, por ejemplo, entre muchos, de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en cuyos artículos 280 y siguientes se hace tal precisión.278

La controversia jurídica no se circunscribe a actos expresos que pudieren contradecir una obligación del Estad. Es posible, lo que es frecuente en la practica, que comportamientos y actitudes de un Estado hagan surgir una controversia jurídica, como sería la ocupación de la Embajada de Estados Unidos en Teherán, la detención de funcionarios estadounidenses y la reacción de los Estados Unidos[279]. En todo caso,

---

[277] CIJ, Rec. 1950, p. 74.

278A título de ejemplo: El ***Artículo 280****: Solución de controversias por medios pacíficos elegidospor las Partes:* "Ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derechode los Estados Partes a convenir (...) suscontroversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta ...". ***Artículo 281****: Procedimiento aplicable cuando las partes no hayanresuelto la controversia:"*1. Si los Estados Partes que sean partes en una controversiarelativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención..."***Artículo 282****: Obligaciones resultantes de acuerdos generales, regionaleso bilaterales:*Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversiarelativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención...".***Artículo 283****: Obligación de intercambiar opiniones "*1. Cuando surja una controversia entre Estados Partes relativa ala interpretación o la aplicación de esta Convención..." ***Artículo 284****: Conciliación:* "1. El Estado Parte que sea parte en una controversia relativa a lainterpretación o la aplicación de esta Convención...".

[279] CIJ, Rec. 1985, p. 25.

esos actos o comportamientos constituyen la violación de compromisos internacionales.

Al lado de la interpretación y aplicación del texto de que se trate, algunos textos se refieren en concreto a los **actos y omisiones** que constituyen una violación de la normativa que contiene el instrumento de que se trate. En la Parte IX, sección 5, de la Convención, relativa a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, se hace referrencia no solamente a las **controversias entre Estados en relación con la interpretación y la aplicación de esa Parte y de sus Anexos**; si no a las **controversias entre un Estado y la Autoridad,** relativas a los **"**i) **Actos u omisiones de la Autoridad o de un Estado Parte** que se alegue que constituyen una violación de esta Parte o de los Anexos que a ella se refieren, o de las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad adoptados con arreglo a ellos; o**,** ii) **Actos de la Autoridad** que se alegue que constituyen una extralimitación en el ejercicio de su competencia o una desviación de poder...."

La controversia debe existir, en principio, al momento en que se introduce la demanda, como lo dijo la Corte en los Casos de *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971, resultante del incidente aéreo de Lockerbie280,*

En la cuestión relativa a la *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947*, la Corte consideró la situación planteada por el cierre de la Oficina de la OLP, acordada por el Gobierno de los Estados Unidos basando su posición en la enmienda de 1987 a la *Foreign Relations Authorization Act*. El Secretario General de la ONU consideró que una medida adoptada en ese sentido por el gobierno de los Estados Unidos violaría el Acuerdo de 1947, considerando entonces que si cerraba la Oficina de la OLP surgiría una controversia. El representante de Estados Unidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General declaró que el gobierno de su país se opondría al cierre porque ello violaba el Acuerdo citado. Sin embargo, el Congreso de ese país adoptó finalmente la *Anti Terrorism Act* de 1987, lo

280CIJ, Rec.1998, (Excepciones Preliminares)pp :25-26, párs. 42-44.

que generó la controversia por la interpretación y la aplicación del acuerdo.

Estados Unidos estimaba que el hecho de que se adoptase una ley, aunque entrara en vigor; y que además no se hubiese aplicado, no podía constituir una controversia. Contrariamente al criterio de Estados Unidos la Corte consideró que sí había una controversia y que por lo tanto debía aplicarse el Acuerdo que llevaba a las partes a un arbitraje. La Corte señaló entonces que: "Si la existencia de una controversia presupone una reclamación que encuentra su base en un comportamiento o en una decisión de una de las partes, ello no requiere en modo alguno que cualquier decisión impugnada haya sido ejecutada materialmente. Mas aún, una controversia puede nacer incluso si la parte en cuestión da seguridades de que no tomará ninguna medida de ejecución en tanto no se ordene por decisión de los tribunales nacionales"[281].

Más recientemente, en el Caso relativo a las *Cuestiones relativas a la obligación de procesar o de extraditar*, que opuso a Bélgica (demandante), de Senegal, la Corte examinó nuevamente esta cuestión, recordando sus decisiones y opiniones anteriores. En ese Caso, como se sabe, Bélgica solictó a la Corte que declarara que "la República de Senegal está obligada a procesar penalmente al señor H. Habré por hechos calificados principalmente de crímenes de tortura y de crímenes contra la humanidad que les son imputados como autor, coautor o cómplice ; en su defecto, en caso de no procesar al señor H. Habré, la República de Senegal está obligada a extraditarlo hacia el Reino de Bélgica para que responda sobre esos crímenes, ante la justicia belga."282

Senegal, por su parte, consideró que la Corte no era competente para conocer el asunto, entre otros, por cuanto no había una controversia entre las partes a propósito de la interpretación y la aplicación de la Convención contra la tortura. La Corte concluyó, en su Decisión del 20 de julio de 2012, que "en el momento del depósito de la demanda, no había mas una controversia en relación con el

---

[281] CIJ. Rec. 1988, p. 30.

282 CIJ.Rec.2012, p.19, pár.44.

párrafo 2-5 de la Convención contra la tortura, por lo que no sería competente para decidir sobre la demanda de Bélgica relativa a la obligación que emana del artículo 2-5, **lo que no significa que la Corte no examine las consecuencias que en el comportamiento de Senegal, en relación con mas medidas prescritas en esa disposición, ha podido tener en el respeto de otras obligaciones que emanan de la Convención, en particular, de los artículos 6-2 y 7-1 de la misma Convención**." (negrillas nuestras). El tribunal consideró, por otra parte, que "dado que las demandas de Bélgica, fundadas en la interpretación y la aplicación del artículo 6, parágrafo 2; y del artículo 7, parágrafo 1 de la Convención encontraron siempre la oposición manifiesta de Senegal, (...) **existía una controversia al momento del depósito de la demanda y que existe todavía"283, l**o que se refleja en el párrafo 1 de la Decisión del 20 de julio de 2012.

La determinación de la fecha en que se ha cristalizado la controversia es muy importante, más aún en el marco de las controversias territoriales. Los actos que se realizan después de tal cristalización no serían tomados en cuenta al momento de decidir, a menos que sean la continuación normal de actividades anteriores , como lo dijo la CIJ en el Caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan,*entre Indonesia y Malasia (CIJ. Rec.2002, p.682, pár. 135).

La determinación de la fecha se basa en actos del o los Estados partes en la controversia que por lo general, como lo dijo la Corte en el Caso de la *Controversia territorial y maríritima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe,* son actos legislativos o administrativos, aplicación del derecho penal y del derecho civil, reglamentación de la inmigración, reglamentación de la pesca y de otras formas de actividad económica, patrullaje naval y operaciones de búsqueda y salvamento (CIJ, Rec.2007 (II), pp: 713.722, párs: 176-208).

En este Caso Nicaragua sostiene que la controversia relativa a la delimitación nace en 1969, surgiendo entre los gobiernos de ambos países notas de protestas en relación con las concesiones petrolera en la zona de Quitasueño, en 1967-1968; mientras que para Colombia, la controversia nace en 1971 por distintas razones que expone a la Corte

283 CIJ.Rec.212. p.22, pár.52.

que al final concluye que dado que Colombia no se opone a la fecha propuesta por Nicaragua, la controversia nace en 1969. (CIJ, Rec.2012, p.29, pár.68). Para la Corte estas Notas pueden ser consideradas como la manifestación de una divergencia de puntos de vista entre las Partes en relación con la soberanía sobre ciertas formaciones marítimas situadas al sudoeste del mar Caribe. La fecha de la respuesta de Nicaragua a la Nota de Colombia es considerada por la Corte "como la fecha crítica para apreciar las efectividades en el Caso. (CIJ.Rec.2012, p.30, pár.71).

Para Nicaragua los actos realizados después de 1969 no son actos que respondían a actividades anteriores; mas bien, esos actos se habrían realizado para fortalecer su posición jurídica después de constatada la existencia de una controversia. La Corte consideró que Colombia había actuado en ejercicio de su soberanía, al realizar tales actos, los cuales constituían "la continuación normal de actividades anteriores" por lo que desestimó la postura de Nicaragua y entró, en consecuencia, en el análisis de los actos por los cuales Colombia mostraba sus efectividades sobre el territorio y los espacios en cuestión.

El término "controversia" podría confundirse con otros como "cuestión" o "asunto", lo que podría afectar la admisibilidad del Caso ante la Corte si se concluye que no se trata de una "controversia" en el sentido estricto del término. En el Caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional contra todas las formas de Discriminación racial*, que opuso a Georgia (demandante) de Rusia, la Corte examinó esta cuestión con mucho detenimiento. El objeto de la controversia era, vale precisar antes, la interpretación y la aplicación de la Convención (CIEDR). Rusia argumentaba que el sentido del término "controversia" al que se refería esta disposición debía ser interpretado en forma mas estricta, al momento que diferenciaba el concepto de los términos "queja" y "cuestión". Diferencia Rusia particularmente la expresión "cuestión no cristalizada" del concepto "controversia". Para Georgia, este término no tiene ningún sentido especial que merezca una acepción o un sentido diferente. La Corte no consideró que "los términos "cuestión", "queja", "controversia" y "litigio" son empleados en los artículos 11 a 16 de la Convención, de una manera

tan metódica que justifique una interpretación más estrecha que la acostumbrada del término "controversia" en el artículo 22.284

C. Otras controversias

Distintas a las controversias jurídicas internacionales antes señaladas, pueden surgir diferencias jurídicas entre uno o varios sujetos de Derecho Internacional y una entidad distinta, como sería el caso de las controversias que se plantean entre una empresa transnacional y unEstado, en el contexto del comercio internacional o de la protección de inversiones extranjeras, entidades que se ubican en el ámbito de los denominados actores internacionales, entendidas éstas como aquellas cuyas actividades en el plano internacional inciden en la dinámica de las relaciones internacionales, sin estar sometidas necesariamente al Derecho Internacional.

Las diferencias entre Estados y estas entidades surgen por la aplicación o la interpretación de tratados internacionaleso de contratos u otros instrumentos regulatorias que norman las relaciones entre los Estados partes y las entidades objeto de protección y regulación. Las diferencias que pueden surgir en este contexto pueden ser examinadas tanto por órganos nacionales, sean ordinarios o alternativos, como por órganos internacionales y se aplica, en la medida en que así sea acordado, tanto el Derecho interno como normas de origen internacional.

Los medios de solución pacífica de las controversias internacionales son trasladables, con las especificidades que se verán en su oportunidad, a los procedimientos a los que se puede recurrir en el contexto de las controversias jurídicas distintas a las internacionales. Las reglas aplicables a las negociaciones, la conciliación, la mediación, el arreglo judicial y el arbitraje, por ejemplo, son aplicables, en general, a estos mecanismos en el contexto de las controversias comerciales o relacionadas con las inversiones.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), constituido en virtud del Convenio de Washington

284 CIJ.Rec.2011, p.15, par. 29.

del 18 de marzo de 1965 (en vigor desde el 14 de octubre de 1966), reconoce las controversias que se plantean entre un Estado y un inversionista, nacional de otro Estado. Se reconoce en este instrumento el acceso directo de la persona jurídica a mecanismos internacionales de solución controversias, lo que no lo otorga una subjetividad a éstas, de Derecho Internacional, en el sentido que vimos antes.

Los Acuerdos y Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se refieren tanto a Estados como a inversionistas. La normativa está dirigida a los Estados, pero los beneficiarios resultan ser los particulares, en este caso, los inversionistas extranjeros. Mediante estos Acuerdos los Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero la protección de la inversión, otorgándole a éste la posibilidad de recurrir a una instancia internacional, a un órgano arbitral en concreto, de plantear una controversia con el Estado receptor sin que sea necesaria la intervención del Estado de la nacionalidad.

IV. NORMAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES REGULADORES DE LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

Uno de los Propósitos de las Naciones Unidas es "mantener la paz y la seguridad internacionales... (...) y lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de las controversias o situaciones internacionales..."[285]. En la búsqueda de este objetivo, la Carta se funda en dos principios fundamentales: **el no recurso a la amenaza o al uso de la fuerza** y **la solución de las controversias por medios pacíficos.**

En el contexto de la solución de las controversias, cualquiera que sea su naturaleza, estas dos normas resultan fundamentales. Examinamos en este Parte IV ambas obligaciones: la **obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza** (1); la **obligación de resolver las controversias por medios pacíficos** (2); el **carácter de normas imperativas** de Derecho Internacional o de *jus cogens* de estas normas (3); y, el **consentimiento** y el **principio de la libre elección de los medios** de solución pacífica (4).

A. La obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para solucionar las controversias

Antes del año 1907, el recurso a la guerra como medio de solución de controversias entre Estados era válido, aunque antes se había hecho referencia a los medios de solución pacífica, como sucedió en la I Conferencia de Paz de 1899, en la que se mencionan los buenos oficios, la mediación, la encuesta y el arbitraje. A partir de la Convención de La Haya adoptada ese año, el criterio comienza a evolucionar y a ceder ante la prohibición de la guerra. Las Potencias signatarias convinieron entonces en "emplear todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las controversias". A comienzos del siglo XX, la utilización

[285] Artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

abusiva de las represalias armadas favoreció una primera reacción, consagrada en **la segunda Convención de La Haya de 1907** (Drago-Porter): Convención relativa a la limitación del empleo del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales[286]. Se deduce de su lectura que todavía, en 1907, se consideraba el uso de la fuerza como un medio de solución de controversias.

En 1902, debemos recordar, ante el bloqueo impuesto por potencias extranjeras, europeas en particular, a Venezuela, por el cobro de deudas públicas, el Ministro argentino de Relaciones Exteriores, Luis María Drago, envió una Nota oficial a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos en la que se refería a la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública en los países de América Latina. Alegaba el ministro argentino que "todos los Estados, cualquiera que sea la fuerza de que dispongan, son entidades de Derecho perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedoras por ello, a las mismas consideraciones y respeto (...)el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles..."

La **Convención Drago-Porter de 1907** fue, en efecto, la primera tentativa de limitar el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, tras la política de bloqueo impuesta a Venezuela por las grandes potencias de entonces. El artículo 1 de la citada Convención dice:

> "Las potencias contratantes convienen en no recurrir a la fuerza armada para exigir el pago de las deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país, como debidas a sus nacionales".

En el artículo 12 del **Pacto de la Sociedad de Naciones**, adoptado años mas tarde, se mantiene el criterio de la limitación del uso de la fuerza al establecer que:

> "todos los Miembros de la Sociedad convienen en que, si surge entre ellos una controversia susceptible de entrañar una ruptura, la someterán al procedimiento de arbitraje o a un arreglo judicial o al examen del Consejo. Convienen, además, en que en ningún casodeberán recurrir a la

[286] P.DAILLIER, M. FORTEAU y A.PELLET, op.cit., p. 1032, pár. 561.

guerra antes de la expiración de un plazo de tres meses después de la decisión arbitral o judicial o del Informe del Consejo".

Esta disposición, incluida en el Título I del Pacto (Del mantenimiento de la paz general) "no exige de los Estados ni la abstención de recurrir a la fuerza en sus relaciones mutuas, ni la solución pacífica de sus controversias; fiel reflejo del voluntarismo clásico, esta disposición se contenta con desear"[287]. El artículo citado del Pacto de la Sociedad de Naciones, en efecto, "no prohibió el recurso a la guerra, aunque los miembros se habían comprometido entre ellos a respetar y mantener contra toda agresión exterior, su integridad y su independencia política"[288].

Más tarde, en la Convención de París, también llamada **Pacto Briand-Kellog**, del 27 de agosto de 1928, se avanza en la concepción de la prohibición del recurso a la fuerza y se enfatizan los conceptos de no agresión y de mantenimiento de la paz. Dicho Pacto, en vigor para 63 Estados a partir del 24 de junio de 1929, fue concluido por iniciativa de los Ministros de Francia y de los Estados Unidos de América, Briand y Kellog, cuando negociaban un acuerdo bilateral de arbitraje.

El Ministro francés propuso a su homólogo norteamericano agregar el compromiso de los dos Estados, de renunciar al recurso a la guerra en sus relaciones mutuas, lo que queda reflejado en el Preámbulo cuando se dice que los Estados signatarios estaban "persuadidos de que ha llegado el momento de proceder a una franca renuncia a la guerra como instrumento de política nacional" a la vez que se hace un llamado a la solución de las controversias por los medios pacíficos.

El Ministro Kellog, al aceptar la idea, propuso ampliar la negociación con otros Estados para de esta manera concluir un Tratado multilateral de prohibición general de la guerra. El Pacto de 1928 constituye el punto de no retorno entre el Derecho Internacional clásico y el Derecho Internacional moderno del siglo XX en lo que resp3cta al usode la fuerza.

---

287 DAILLIER, FORTEAU y PELLET, op.cit.., p. 918, pár. 500.

288 VIRALLY. M. Análisis del art. 2-4 de *la Carta de las Naciones Unidas*. Obra colectiva bajo la dirección de J-P COT y A. PELLET, Bruylant, Bruselas, 1989, p. 113.

El Pacto, sin embargo, tiene algunas lagunas, entre otras, que se refiere a la "prohibición" de la guerra y no a la "utilización" de la fuerza en general[289]. La situación evolucionaría en forma favorable hacia la elaboración de un principio más claro y determinante que prohibiría el recurso a la fuerza, recogido en la **Carta de San Francisco de 1945**, texto constitutivo de las Naciones Unidas, suscrito tras importantes negociaciones políticas que refleja la voluntad colectiva inspirada en los ideales de paz, fortalecido tras la tragedia de la segunda guerra mundial. La prohibición del recurso a la fuerza ocupa necesariamente un lugar central en la Carta constitutiva de una organización instituida para preservar las generaciones futuras del flagelo de la guerra (Preámbulo) y cuyo principal objetivo es mantener la paz y la seguridad internacionales.

Hasta 1945 la prohibición de recurrir al uso de la fuerza para solucionar las controversias teníaun fundamento exclusivamente convencional, lo que limitaba el número de Estados que lo aceptaban, a los signatarios de esos textos e instrumentos internacionales. Es solamente en 1945 cuando esta prohibición se universaliza con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Si bien se trata de una obligación convencional, el artículo 2-4 constata la **existencia o la cristalización de una norma de Derecho Internacional general o consuetudinario** que se habría formado tras un proceso evolutivo, particularmente después de 1928.

Destaca, sin embargo, que así como la Carta no define el concepto de "paz y seguridad internacionales", tampoco lo hace en lo que respecta a "la amenaza o el uso de la fuerza". El objeto del recurso a la fuerza, según se desprende la Carta, son "la integridad territorial": violación de fronteras, ocupación. Y la "independencia política de los Estados" un concepto más subjetivo, no referente al territorio, si no al gobierno de un Estado.

El **principio del no recurso a la fuerza,** recogido firmemente en el artículo 2-4 de la Carta de las Naciones Unidas que establece que "los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la

[289] KOLB, R. Curso cit, p. 24.

integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas" es reafirmado en numerosas resoluciones internacionales, particularmente de las Naciones Unidas y más concretamente, de la Asamblea General, entre las cuales, la resolución 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, que contiene la **Declaración relativa a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados**; en la resolución 3314 (XXIX), de la Asamblea General, sobre la **definición de la agresión;** en la **Declaración de Manilasobre el arreglo pacífico de controversias internacionales**, del 15 de diciembre de 1982 (Res.37/10 de la Asamblea General y en la **Declaración para el fortalecimiento de la eficacia del principio del no recurso a la fuerza** (Res. A/Res.42/28, del 18 de noviembre de 1987).

En la **Declaración de 1970** se proclama solemnemente el principio y se precisa que: "todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. **Tal amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas** y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales". (negrillas nuestras)

En la Declaración se precisa, además, que una guerra de agresión es un crimen contra la paz que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad no solamente del Estado, si no de las personas que actúan en nombre de este, tema que veremos en l Volumen III de este texto.

Se refiere la Declaración a la obligación, en particular, de no recurrir a la fuerza para violar las fronteras internacionales e incluso para resolver controversias de esta naturaleza con el recurso a la fuerza; también se prohíbe expresamente el recurso a la fuerza para violar las líneas de armisticio.En este texto se prohíbe también a los Estados organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos.

En el Preámbulo de la **Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales,** un texto preparado por el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización, por iniciativa de los países No Alineados, se reafirman los dos principios fundamentales, es decir, la **obligación de los Estados de no recurrir a la fuerza para resolver sus controversias** y de **someterlas a los mecanismos pacíficos establecidos por el Derecho Internacional.**

En la **Declaración para el fortalecimiento de la eficacia del principio del no recurso a la fuerza** se reafirma solemnemente el principio y se precisa que: "es universal en su carácter y es obligatorio para todos los Estados, cualesquiera que sean su sistema político, económico, social o cultural o sus relaciones de alianza". Y que "no podrá hacerse valer consideración de naturaleza alguna para justificar la amenaza o el uso de la fuerza en violación de la Carta". Igualmente, se confirma lo señalado antes en la Declaración de Manila que "los Estados tienen el deber de no instigar, alentar o ayudar a otros Estados a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de la Carta".

No parece haber dudas hoy de que esta prohibición constituye una **norma de Derecho Internacional consuetudinario codificada** en la Carta de las Naciones Unidas. La CIJ, en el citado Caso de las *Actividades militares y paramilitares*, tenía que convencerse de que existía en derecho consuetudinario, una *opinio juris,* sobre el carácter obligatorio de esa abstención. Consideró el tribunal que esa *opinio juris* podía deducirse, en particular, de la actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General y en particular de la resolución 2625 (XXV), antes citada. El consentimiento respecto a esas resoluciones era una de las formas de expresión de una *opinio juris* sobre el principio del no uso a la fuerza, considerado como un principio de derecho consuetudinario internacional, independientemente de las disposiciones a las que estaba sujeto en el plano convencional de la Carta...[290].

En el ámbito americano la obligación de no recurrir a la fuerza para solucionar las controversias internacionales ha quedado también claramente establecida en los instrumentos regionales fundamentales.

---

[290] CIJ,Rec. 1986, párs. 187-201.

En el artículo 3-g de la **Carta de la OEA** se condena expresamente el uso de la fuerza: "los Estados (...) condenan la guerra de agresión. La guerra no da derechos". Y más adelante, en el párrafo i), corolario de éste, que "las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o másEstados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos".

De la misma manera en el artículo 1 del **Tratado Americano de Solución Pacífica de Controversias** (Pacto de Bogotá) en el que se determina que: "las Altas Partes Contratantes condenan formalmente la guerra y se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con las disposicionesdelaCartadelasNaciones Unidas o del presenteTratado".

En el **Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca** (TIAR), de 1947, se condena también formal y expresamente la guerra; los Estados americanos "se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o del presente Tratado" (Art. 1).

La obligación de no recurrir a la fuerza es referida también en diversos textos constitucionales de los Estados. Así, por ejemplo, en el artículo 152 de la Constitución de Venezuela de 1999 se dice que "las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de (...) solución pacífica de las controversias internacionales". En la Constitución italiana de 1947 se señala, en su artículo 11, que "Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales". También en la Constitución de Nicaragua de 1987 se recoge el principio, en su artículo 3: "La lucha por la paz (...) son compromisos irrenunciables de la nación nicaragüense".

El alcance de la obligación es objeto de apreciaciones diversas. Para algunos, el artículo 2-4 de la Carta sólo prohíbe el uso de la fuerza-cuando ésta se dirige en contra de la integridad territorial o la independencia política de un Estado, o en contra de los propósitos de la

ONU (interpretación restringida)[291], mientras que para otros la prohibición debe entenderse en forma general (interpretación amplia)[292].

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado sobre esta obligación, así como la relativa a la solución de las controversias por medios pacíficos. En su Decisión sobre el citado Caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta*, del 27 de junio de 1986, la Corte consideró que los actos imputables al Gobierno de Estados Unidos constituían una violación del principio que prohíbe el empleo de la fuerza. La CIJ decide en este caso que: "Estados Unidos, por ciertos ataques efectuados en territorio nicaragüense en 1983-1984 (...) así como por los actos de intervención que implican el uso de la fuerza (...) ha violado, en contra de Nicaragua, **la obligación que le impone el derecho internacional consuetudinario de no recurrir a la fuerza** en contra de otros Estados...." (negrillas nuestras). La Corte estimó, además, que tales actos no podían justificarse y, por lo tanto, considerarse actos que podían excluir su ilicitud. Igualmente, que el hecho de armar a los contras en el territorio de otro Estado podía ser considerado como una violación de dicho principio.

La obligación del no recurso a la fuerza tiene sus **excepciones,** como se indicó antes, en particular, la recogida en el artículo 51 de la Carta que establece que "ninguna disposición de la Carta menoscabará el derecho inmanente de **legítima defensa, individual** o **colectiva**, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarádemanera alguna, la autoridad y la responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta, para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

---

[291] BOWETT, D. *Self-Defense in International Law*, 1958, p. 152. Cit. En Terminología de Derecho Internacional, El Nacional, Caracas, 2011.

[292] BROWNLIE, I.*International Law and the Use of Force by States*, 1963.

Los Estados pueden invocar la legítima defensa para responder a un ataque armado e incluso actos terroristas, calificados como actos que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales[293], en contra de su territorio. El Caso *Caroline*, entre Estados Unidos y Reino Unido (1837) dio origen a la primera regulación sobre tal recurso. Las partes adoptaron un compromiso en el que precisaban que la misma solamente podía ser invocada en forma inmediata, si era absolutamente necesario y si no había otros medios para responder al ataque.

Se trata de una **norma de derecho consuetudinario** que con los años se ha regulado convencionalmente. La CIJ, en el citado Caso de las *Actividades militares y paramilitares* consideró que laredacciónde lartículo 51 muestra tal carácter al señalar que se trata de "un derecho inmanente". La Carta recoge la norma consuetudinaria, una norma de derecho natural, siguiendo la traducción francesa del artículo 51. La Carta regula la legítima defensa, insertándola en el mecanismo que establece la misma Carta, para responder a los Estados que recurren ilegítimamente a la fuerza y realizan un ataque armado en contra de otro Estado.

En el citado Caso de las *Actividades militares y paramilitares* el tribunal, al rechazar la justificación de legítima defensa colectiva invocada por Estados Unidos, precisó que las partes, que consideraban que la existencia de ese derecho estaba establecido en el Derecho Internacional consuetudinario, convenían en admitir que la legalidad de la reacción ante un ataque armado dependía del cumplimiento de los principios y de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas en legítima defensa.Ya fuera individual o colectiva, la legítima defensa solamente podía ejercerse como reacción a un **ataque armado**[294].La legítimadefensa debe ser **justificada**. Además debe ser **necesaria**, lo que significa su inmediatez; y, **proporcional.**

El Consejo de Seguridad habría actuado en la situación de Irak, en 1990, en virtud del Capítulo VII de la Carta, sin precisar si se trataba de la aplicación del artículo 42, referente a la acción colectiva del Consejo

---

[293] Ver Preámbulo de las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, adoptados con motivo de los actos terroristas del 11 de setiembre de 2001.

[294] CIJ,Rec.1986, pp. 187-201. Ver también CIJ,Rec, 1996, párs 37 a 50.

de Seguridad, que veremos enseguida; o del artículo 51, relativo a la legítima defensa. Para algunos autores, la **Operación Tempestad del Desierto** se basó en el artículo 42 de la Carta; mientras que para otros, se basaba en el artículo 51, relativo a la legítima defensa como se señala, en concreto, en la resolución 661[295]. Sin embargo, independientemente de tal apreciación, debe quedar claro que la legítima defensa no requiere de autorización previa del Consejo de Seguridad; aunque ella pueda extenderse hasta tanto el mismo Consejo conozca la situación de que se trate e intervenga al respecto.

Además del artículo 51 y de los distintos instrumentos regionales, el recurso a la legítima defensa está autorizado en virtud del artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas que autoriza al **Consejo de Seguridad** a adoptar medidas militares de ejecución, de conformida con el Capítulo VII de la Carta[296], lo que considera la CIJ en su Opinión Consultiva en relación con el asunto antes citado de la *Legalidad del uso y de la amenaza de armas nucleares*.

El artículo 42 de la Carta dice textualmente que:

> "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales...".

Algunos Estados han sostenido desde hace algún tiempo, y con mayor insistencia en los últimos años, la tesis de la denominada **legítima defensa preventiva**, como mecanismo para hacer frente a nuevos riesgos que amenazan la seguridad del propio Estado (terrorismo, riesgo de proliferación nuclear, etc.), o como fórmula para hacer frente a ciertos Estados considerados como una especie de *hooligans* del medio internacional. Esta tesis no se corresponde con una *opinio juris* generalizada, en relación con el recurso legítimo a la fuerza de forma preventiva[297]. La **legítima defensa colectiva** es recogida en numerosos textos internacionales, inspirados en el **Acta de**

---

[295] Resolución 661, par.6 del Preámbulo.

[296] CIJ, Rec.1996, pars. 37 a 50.

[297] KOLB, R. *Le droit relatif au mantien de la paix internationale*, pp. Pedone, París, 2005, pp. 75 y ss.

Chapultepec, del 5 de marzo de 1945. El **TIAR**, por ejemplo, en el ámbito interamericano; y, el **Tratado del Atlántico Norte,** del 4 de abril de 1949.

La legítima defensa se autoriza en la **Carta de la OEA**, en el **Pacto de Bogotá** y en el **TIAR**, en determinadas condiciones. En el artículo 29 de la **Carta de la OEA** se precisa que**:**

> "Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia".

En el **Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)** se recoge el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en su artículo 3-1 y lo autoriza "... en tanto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales".

En el **Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca** (TIAR) dice textualmente, en su artículo 3-1 que "las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos y, en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas".

Fuera del marco de Naciones Unidas se ha planteado la **intervención unilateral** que ha generado un debate delicado en la doctrina y en los medios políticos internacionales. El unilateralismo ha sido cuestionado, especialmente, a partir de la intervención de Reino Unido y Estados Unidos en Irak, en 2003, no autorizada por el Consejo de Seguridad.

La **intervención humanitaria,** por su lado, objeto igualmente de debate por los autores, tiene características propias. La doctrina no es unánime en cuanto a su aceptación o rechazo. Para algunos no es aceptable. El artículo 2-4 de la Carta debe interpretarse de manera restrictiva, mientras que para otros, debe prevalecer la protección de las personas en situaciones en que sus vidas e integridad física están en peligro. Aunque en la práctica se han llevado a cabo algunas "intervenciones humanitarias" sobre ellas no se ha formado una norma consuetudinaria sobre la cual se pueda fundar su autorización. En todo caso, esas intervenciones, llevadas a cabo para prevenir y aligerar los sufrimientos humanos, como lo ha dicho la CIJ, exige algunas condiciones, entre ellas, su apego a los principios de la Cruz Roja Internacional y que debe ser realizada sin discriminación, a toda persona que lo necesite.298

Una cuestión particular merece una referencia específica. **El uso y la amenaza del uso del arma nuclear.** La Corte examinó en 1996 la solicitud de la Asamblea General 49/ 75 K,del 15 de diciembre de 1994, en la cual solicita una Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo dearmasnucleares*,envirtud del artículo 96 de la Cartade las Naciones Unidas, que le autoriza a hacerlo, sobre una cuestión precisa: ¿autoriza el Derecho Internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?[299].

La Corte consideró entonces, al referirse en concreto a las armas nucleares, en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, que "no existe ni en el Derecho Internacional consuetudinario ni en el Derecho Internacional convencional ninguna autorización específica de amenaza o el empleo de armas nucleares". De la misma manera, señaló que "no existe en Derecho Internacional consuetudinario, ni en Derecho Internacional convencional ninguna prohibición total y universal de la amenaza o del empleo de armas nucleares como tales". La CIJ consideró entonces que "es ilegal una amenaza o un empleo de la fuerza por medio de armas nucleares en contra de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que no cumpla los

298 CIJ.Rec.1987. p.125.

299 Sobre este particular, véase E.M. GARCÍA RICO, *El uso de las armas nucleares y el Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

requisitos del artículo 51". La CIJ, agregó que "el sometimiento del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de de necesidad y proporcionalidad es una norma de Derecho Internacional consuetudinario"[300].

B. La obligación de resolver las controversias por los medios pacíficos

La segunda obligación que se impone en el contexto de la solución de las controversias internacionales es la que lleva a los Estados a resolverlas por los **medios pacíficos**, la consecuencia lógica de la primera obligación, relativa al no recurso a la fuerza. Se trata de una norma de origen consuetudinario, codificada en la Carta y refirmada en instrumentos y textos ulteriores; a la vez, se trata de una norma de carácter universal, recogida igualmente en instrumentos regionales, como veremos luego.

La obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos está claramente recogida en el artículo 2-3 de la **Carta de las Naciones** Unidas que establece que:

> "Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por los medios pacíficos, de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales, ni la justicia".

Esta disposición lleva a los Estados a utilizar los mecanismos previstos por el Derecho Internacional, enunciados, en general, en el artículo 33 de la Carta de la Organización que no son todos los que admite el Derecho Internacional. Las partes deben esforzarse en encontrar el medio y en el caso de que no se logre un acuerdo sobre ello, el Consejo de Seguridad (...) instará a las partes a que "arreglen sus controversias por esos medios" (Art.33-2).

Esta obligación, como la anterior, es reforzada en resoluciones y textos posteriores. Así, la resolución 2625 de la Asamblea General que contiene la **Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados,** antes referida, en la que se recoge, en los mismos términos, el

---

[300] CIJ. Rec. 1996, pár. 41.

artículo citado de la Carta a la vez que se precisa que "los Estados, en consecuencia, procurarán llegar a un acuerdo pronto y justo de sus controversias internacionales mediante la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a los organismos o sistemas regionales o a otros medios pacíficos que ellos mismos elijan...".

En la **Declaración de Manila** ya referida se precisa que "los Estados respetarán escrupulosamente el principio del arreglo pacífico de las controversias, que es inseparable del deber de abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales". Y agrega: "y a ese fin utilizarán medios como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección, incluidos los buenos oficios".

La obligación que tienen los Estados de solucionar las controversias internacionales mediante mecanismos pacíficos de su elección está incluida en los artículos 24 y 26 de la **Carta de la OEA**. En el primero se señala que

> "las controversias internacionales entre los Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta. Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas."

En el artículo 26 del mismo texto se establece que:

> "cuando entre dos o más Estados americanos se suscite una controversia que, en opinión de uno de ellos, no pueda ser resuelta por los medios diplomáticos usuales, las Partes deberán convenir en cualquier otro procedimiento pacífico que les permita llegar a una solución".

También, con igual claridad, en el artículo II del **Pacto de Bogotá**, se reconoce "la obligación de resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales...". En iguales términos se prevé su incorporación en otros textos internacionales extrarregionales: en el artículo 5 del **Pacto de la Liga Árabe**; en elartículo3-4dela**CartadelaOrganizacióndelaUnidadAfricana**(OUA) y, entre otros, en el **Tratado del Atlántico Norte** y en el extinto **Pacto de Varsovia**.

La CIJ ha tenido la oportunidad de referirse a estos principios en varias de sus Decisiones. Así, por ejemplo, en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares* el Tribunal recordó "otro principio de derecho internacional —complementario de los principios de prohibición examinados antes— y que es indispensable respetar en el mundo de hoy: el principio de que las partes en una controversia, en particular en una controversia cuya persistencia pone en peligro el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, **se esfuercen por encontrar una solución por medios pacíficos**"[301]. (negrillas nuestras)

C. El carácter imperativo de ambas normas

La paz y la seguridad internacionales, las relaciones pacíficas entre los Estados, en general, constituyen objetivos prioritarios de la comunidad internacional, expresados en la Carta de las Naciones Unidas. Para asegurar este logro, las normas que regulan la materia, en particular las relativas a la solución de las controversias, deben tener un carácter superior, un **carácter imperativo,** lo que significa que los Estados no pueden incumplirlas por algún acuerdo en contrario, es decir, normas que por su carácter no pueden ser derogadas por la simple voluntad de los sujetos de Derecho Internacional (ya sea de forma individual o concertada), lo que responde al concepto de normas del *jus cogens*.

No existe una jerarquía entre las distintas fuentes del derecho internacional, como dijimos antes, pero ello no significa que no se pueda hablar de jerarquía de normas. Algunas normas son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior en el ordenamiento jurídico internacional. Una norma puede ser superior por su contenido, como es el caso de las normas imperativas de Derecho Internacional o de *jus cogens,* tal como están definidas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969. También puede ser

[301] Rec. CIJ. 1986, p. 145, pár. 290.

considerada superior por la disposición de un tratado, como es el caso del artículo 103 de la Carta referido antes.[302].

La determinación de normas imperativas, de normas del *jus cogens*, como observáramos antes, no resulta fácil; es el resultado del estado de la situación internacional, de la coyuntura específica de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional. La tendencia más reciente y aceptable permite hoy una apreciación en este sentido, es decir, hacia el reconocimiento de ciertas normas, como imperativas de Derecho Internacional, como normas del *jus cogens*.

Una parte importante de la doctrina internacional otorga un valor imperativo a estas dos normas. Algunos señalan con acierto que "en la época contemporánea, la prohibición del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales constituye una norma imperativa de valor absoluto, es decir, una norma de *jus cogens*. Paralelamente —agregan algunos autores— la obligación de resolver los conflictos por medios pacíficos que, como señalamos antes, es un corolario de este principio, adquiere el mismo carácter imperativo"[303].

Otros autores, si bien coinciden en que la obligación de no recurrir a la fuerza o a la amenaza de la fuerza es una norma imperativa, estiman que la obligación que tienen los Estados de someter sus controversias a los medios pacíficos de su elección, no podría ser considerada como una norma imperativa de Derecho Internacional. Así, algunos estiman que "no podríamos ir más allá y reconocerle, a diferencia de lo que generalmente se ha admitido para el artículo 2-4 de la Carta, el valor imperativo de un principio de *jus cogens*".

Sobre la naturaleza imperativa de la obligación de no recurrir a la fuerza no habría dudas, mientras que la obligación de someter las controversias a los mecanismos pacíficos no ha sido unánimemente considerada con el mismo carácter. Tal vez ese tratamiento diferenciado pueda radicar en el hecho de que, respecto a la obligación de

---

302 Ver a este respecto el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, sobre el Tema de la *Fragmentación del Derecho Internacional*. Documento de Naciones Unidas A/61/10.

303 CHARPENTIER, J. Análisis del art. 2-3 de la Carta de las Naciones Unidas. Op. cit. Varios autores bajo la dirección de COT, J.P. y PELLET, A. p. 105.

soluciónpacífica de las controversias, su aplicación queda un tanto diluida al ofrecer plena libertad a los sujetos de Derecho Internacional para elegir los mecanismos de arreglo que estimen conveniente. Dicha flexibilidad le otorga a la obligación mencionada unos rasgos bastante diferentes que permiten hablar de una obligación de resultado (resolver pacíficamente la controversia) pero valiéndose para ello de los mecanismos que estimen conveniente (principio de libre elección de medios).

D. El consentimiento y el principio de la libre elección de los medios

La **libertad de escoger el medio de solución de controversias es un principio firme en Derecho Internacional.** Ningún Estado puede ser sometido sin su consentimiento a un medio cualquiera de solución de controversias. Menos aún, desde luego, cuando se trata de mecanismos de carácter jurisdiccional en el que el principio dominante es precisamente el que un Tribunal o un órgano arbitral no se puede declarar competente para conocer una controversia si no existe la acptación de los Estados partes en la misma. El consentimieno es en consecuencia fundamental a la activación de un medio de solución de controversias internacionales, lo que se conforma al principio reconocido, intrínseco a la condición de Estado, de la soberanía.

Es verdad que según los términos de los artículos 2-3 y 33 de la Carta, los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de solucionar pacíficamente sus controversias, pero hoy, como en 1923, la elección del medio de solución sigue siendo **discrecional** para los Estados[304]. El artículo 33-1 de la Carta, co o dijimos, no establece ninguna jerarquía entre ellos; menos, en esa disposición se podría establecer la obligación de recurrir a alguno de tales mecanismos en particular.

El principio de la libre elección de medios por las partes para solucionar sus controversias ha quedado claramente establecido en

---

[304] DE VISCHER, P.. *Cours General de Droit International Public*, 1972, RCADI, Vol. II (136), p. 180.

diversos textos jurídicos internacionales, por la doctrina más calificada y en la jurisprudencia de la propia Corte Internacional de Justicia.

En la **Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas** se establece que "las partes en una controversia tienen el deber de (...) seguir tratando de arreglar sus controversias por otros medios pacíficos acordados por ellas". Y agrega que "el arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de la libre elección de los medios".

La libertad de elección de los medios de arreglo pacífico es el *lei motiv* de la **Declaración de Manila sobre solución pacífica decontroversias internacionales**, en cuyo párrafo 1-3 se señala que:

> "Las controversias internacionales deben ser solucionadas sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y **de acuerdo con el principio de la libre elección de los medios,** conforme a las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas y de los principios de la justicia y del derecho internacional. El recurso a un procedimiento de solución o de aceptación de ese procedimiento, libremente aceptado por los Estados, en cuanto se refiere a una controversia en la cual son partes o en una controversia en la cual podrían ser partes en el futuro, no puede ser considerada como incompatible con la igualdad soberana de los Estados".

En la **Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,** del 10 de diciembre de 1982, se dio un respaldo particular a este principio al proclamar en su Parte XV, consagrada al tema de la solución pacífica de las controversias, concretamente en el art. 280, que:

> "Ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados Partes a convenir, en cualquier momento, en solucionar sus controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta Convención por cualquier medio pacífico de su elección".

Los Estados pueden ver afectado o disminuido el derecho de escoger un medio específico de solución de controversias internacionales solamente en la medida en que se hayan comprometido previamente por la vía convencional a someterse a un procedimiento determinado.

El consentimiento, como dijimos, es la condición previa a la puesta en marcha de los mecanismos jurisdiccionales internacionales. Sólo son justiciables los Estados que acepten serlo. En este sentido hay una diferencia capital entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. En este último, lo sabemos, el fundamento de la jurisdicción es la Ley[305].

Aunque más adelante examinaremos con detenimiento la competencia de la Corte Internacional de Justicia y las diversas modalidades de aceptación, debemos referirnos en esta parte a la necesidad de que el Estado exprese su consentimiento para poder constituirse en parte en un proceso arbitral o judicial, en particular, recogiendo principalmente las referencias en las decisiones de los tribunales internacionales, a este respecto.

En el citado Caso *Mavrommatis* la CPJI indicó que "...en consideración del hecho de que su jurisdicción es limitada, que se funda siempre en el consentimiento del defendido..."[306]. Igualmente, en el Caso de la *Fábrica de Chorzow* la Corte indicó que "es verdad, la jurisdicción de la Corte es siempre una jurisdicción limitada que no existe sino en la medida en que la hayan admitido los Estados"[307]. De la misma manera la Corte señaló en el Caso de las *Minorías alemanas en Alta Silesia* que "la jurisdicción de la Corte depende de la voluntad de las partes"[308].

También en el Caso del *Estrecho de Corfú* la nueva Corte reiteró este criterio al afirmar que "...el consentimiento de las partes confiere jurisdicción a la Corte..."[309]. En su Decisión en relación con el Caso de *Carelia Oriental*, la Corte indicó que: "es claro en Derecho Internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter la controversia que tenga con otro Estado, a la mediación o al arbitraje o cualquier otro medio de solución pacífica"[310]. En el Caso del *Oro monetario* la CIJ reafirmó que "la Corte no puede ejercer su jurisdicción en relación con un Estado, si no con el consentimiento de este último"[311].

---

305 ROUSSEAU, Ch. *Droit International Public*., p . 396, Sirey, París. 1970.
306 CPJI. Serie A No. 2.
307 CPJI, Serie A, No. 9, p. 32.
308 CPJI. Serie A. No. 15. p. 22.
309 CIJ. Rec. 1947-48, p. 27.
310 CPJI, Serie B, No. 5, p. 27.
311 CIJ.Rec. 1954, p. 32.

Y, en su Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz* la Corte precisó que "el consentimiento de los Estados Partes en una controversia es el fundamento de la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa"[312].

La **expresión del consentimiento es indispensable incluso cuando se trata dederechos u obligaciones *erga omnes* o de normas del *jus cogens*,** como lo recuerda la CIJ en el Caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo.* Se trata, como lo dice el Tribunal, de dos cuestiones diferentes. En este Caso la Corte señaló que "el hecho de que derechos u obligaciones *erga omnes* o de normas imperativas de derecho internacional general o del *jus cogens* estén en causa en una controversia no podría constituir por si mismas una excepción al principio según el cual su competencia se funda siempre en el consentimiento de las partes".313 Esta afirmación había sido expresada antes por la msima Corte, en el Caso de *Timor Oriental*.314

En el ámbito regional, el principio ha sido igualmente establecido. En la Carta de la OEA se señala que las controversias internacionales entre los Estados miembros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas, "deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta" (Art. 24). Y, se precisa en su artículo 25 que: "Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes". Y que **la selección del mecanismo depende de la voluntad de las partes.**

Los Estados pueden, en definitiva, si no media un acuerdo entre ellos que determine algún medio de arreglo concreto que las partes en la controversia hayan aceptado, escoger el mecanismo de solución que más les convenga. En ello reside la virtualidad del principio de libre elección de medios de arreglo pacífico.

Por otra parte, la base del consentimiento del Estado en aceptar un medio de solución cualquiera puede tomar formas distintas, lo que en

---

312 CIJ. Rec. 1950, p. 71.
313CIJ.Rec.2006, (nueva demanda del 2002), p. 50, par. 125.
314CIJ. Rec.1995, p.102, par.29.

definitiva, como lo ha dicho la misma CIJ, es irrelevante. Lo importante, en todo caso, es la manifestación de la voluntad del Estado en aceptar la jurisdicción del Tribunal. En su Decisión del 25 de marzo de 1948, en relación con el Caso del *Estrecho de Corfú* (excepción preliminar), la Corte indicó que "mientras que el consentimiento de las partes confiere jurisdicción a la Corte, ni el Estatuto ni el Reglamento exigen que este consentimiento se exprese de una forma determinada"[315]. En esa misma Decisión el Tribunal agregó, al reiterar lo señalado por la Corte Permanente que "...la aceptación, por un Estado, de la jurisdicción de la Corte en un caso particular, no es, según el Estatuto, sometida a la observación de ciertas formas, como, por ejemplo, el establecimiento de un compromiso formal previo..."[316].

[315] CIJ.Rec. 1947-48, p. 27.
[316] CIJ.Rec. 1947-48, p. 28.

VI. MECANISMOS NO JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas enumera, sin plantear ninguna jerarquía aunque en la practica se haya dado preeminencia a algunos, como la negociación directa entre las partes, los distintos mecanismos a los cuales pueden recurrir los Estados para solucionar una controversia. Esta disposición es meramente enunciativa, deja a las partes la posibilidad de recurrir a "otros medios pacíficos de su elección". La lista de los mecanismos va, sin duda, más allá de los enunciados en esa disposición. El Derecho Internacional considera otros medios no incluídos en el artículo 33, como los buenos oficios, por ejemplo, al que los Estados recurren con frecuencia para resolver sus diferencias.

En esta Parte examinamos los distintos **mecanismos de solución de controversias no jurisdiccionales,** cuyas conclusiones son, en principio y por lo general, recomendaciones que no vinculan jurídicamente a las partes, aunque no por ello dejen de tener el valor político y de eficacia en favor de la solución de la controversia: La **negociación**, la **investigación,** la **mediación,** los **buenos oficios** y la **conciliación.**

A. La negociación internacional

Negociación significa discusión a diferentes niveles de autoridad con miras a adoptar un acuerdo. La negociación consiste en "conversaciones" y conduce a la aceptación concertada de una solución (eventualmente consagrada en una Convención) o a la constatación de su fracaso[317].

Tal como se expresa en el Diccionario de Derecho Internacional la negociación es "el medio por excelencia de solución de controversias in-

[317] DAILLIER, P, FORTEAU, M y PELLET, A. *Droit International Public.* LGDJ, París, 2009, p. 927, par. 505.

ternacionales ..."[318]. Es el mecanismo menos traumático para resolver una controversia. El contacto directo entre las partes, sin intervención de terceros, conforma un mecanismo adecuado y eficaz mediante el cual las partes en una controversia pueden llegar a un acuerdo, bien sobre el fondo de la cuestión, como veremos, o en relación con el medio de solución al cual le someterán dicha cuestión.

La negociación es el medio mas recomendado, por su efectividad y su **naturaleza directa**, lo que ha sido reconocido por los tribunales internacionales. La CPJI se pronunció en ese sentido en el Caso de las *Zonas libres de Alta Savoya y Gex319*cuando le otorga preeminencia al arreglo directo y amigable, es decir, a la negociación, como medio de solución de controversias. La Corte dijo entonces que "el arreglo judicial de controversias internacionales (...) es simplemente una alternativa al arreglo directo y amigable de una controversia entre las partes; en consecuencia la Corte facilita, en la medida en que sea compatible con su Estatuto, un arreglo directo y amigable entre las partes"[320].

La negociación **ofrece un margen mayor de acción a las partes en una controversia,** a la que puede ofrecer otro medio, incluso el arreglo judicial. Así lo sugirió la CIJ en el Caso del *Gran Belt* que oponía a Finlandia y Dinamarca por el paso por el Gran Belt (Storebaelt)321. La Corte consideró entonces que cualquier negociación entre las partes con miras a lograr una solución directa y amistosa entre ellas será bienveni-

---

[318] Diccionario de Derecho Internacional, 2ª ed. El Nacional, Caracas, 2012.

319En 1932, el Tribunal conoció el Caso de las *Zonas libres de Alta Savoya y Gex* (Francia/Suiza) con base en el Acuerdo bilateral de aceptación de su jurisdicción, del 30 de octubre de 1924, mediante el cual las partes le solicitan al tribunal decidir si entre ellas, el artículo 435-2, del Tratado de Versalles, derogaba las disposiciones del Protocolo de la Conferencia de París del 3 de noviembre de 1815, del Tratado de París del 20 de noviembre de 1815, del Tratado de Turín del 16 de marzo de 1816 y del Manifiesto del Tribunal de Cuentas de Cerdeña, del 9 de setiembre de 1829 en relación con las aduanas y el régimen de zona libre de la Alta Savoya y el Distrito de Gex.

[320] CPJI, Ser.A/B, No. 46, 1932.

321Finlandia consideraba que tenía derecho de paso por el Gran Belt con buques, incluidos buques de perforación y plataformas petrolíferas. Si bien Dinamarca reconocía el derecho de paso, objetaba el paso de ciertos buques, en especial las plataformas petrolíferas. No se trataba de una controversia sobre el derecho de paso, sino sobre su alcance y amplitud.

da y recordó "las virtudes de la negociación directa entre ellas"322 que tendrían mayor libertad, incluso para adoptar una solución basada en la equidad, lo que es menos factible en el caso de un tribunal que, por lo general, debe fundar sus decisiones en el Derecho aplicable. El Tribunal, sinembargo, no sugirió directamente el recurso a la negociación, lo que fue objeto de una declaración separada del juez Tarasov, adjunta a la Providencia del 29 de julio de 1991. El juez ruso opinó entonces que **la referencia a las negociaciones debía haber adoptado la forma de una petición directa** de que se buscara un método técnico para asegurar la continuación del libre paso entre el Kattegat y el Báltico.

Es frecuente también que ante una controversia, órganos internacionales no jurisdiccionales recomienden a las partes el inicio de negociaciones para resolverla. Así, por ejemplo,en el contexto de la controversia entre Costa Rica y Nicaragua, por la demarcación de algunos espacios en el río San Juan, objeto de arreglo por tratados anteriores y por la Decisión de la Corte de 2009, el Consejo Permanente de la OEA "...reconociendo la necesidad de generar medidas de fomento de la confianza que favorezcan las negociaciones bilaterales para superar las diferencias (...) decide (...) 1.Acoger y hacer suyas las recomendaciones del Secretario General (...) afin de que los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua adopten los acuerdos propuestos en el mismo a saber:.. Realizar laVIII Reunión de la Comisión Binacional para tratar con carácter urgente aspectos de la agenda bilateral en el más breve plazo, a más tardar, en la fecha originalmente acordada, con el acompañamiento de la OEA retomar las conversaciones sobre los aspectos relacionados con la demarcación de la línea fronteriza realizados hasta la fecha conforme a los tratados y laudos existentes, con el fin de generar un clima propicio para el diálogo entre ambas naciones..." (CP/RES/978(1777/10).

Por lo general, la negociación **suele preceder a otros procedimientos,** como el arreglo judicial o el arbitraje e incluso a los no jurisdiccionales. Nada impide que una negociación precede los buenos oficios o la mediación. La CPJI señaló a este repecto, en su Decisión sobre el citado Caso de las *Zonas Francas de la Alta Saboya y el Distrito de*

322CIJ.Rec. 1991, Providencia del 21 de julio de 1991,

*Gex*que "el arreglo judicial no es sino un sucedáneo a la solución directa y amigable (...) entre las partes"[323].

Ese recurso, sin embargo, no es obligatorio, a menos que las partes lo hayan convenido previamente. Es decir, el recurso obligatorio a la negociación y su agotamiento tiene en todos los casos un **origen convencional.** La obligación de recurrir y agotar las negociaciones, como han pretendido algunos, no tiene en consecuencia una fundamentación consuetudinaria, como lo dijera la CIJ en el Caso de la *Frontera terrestre y marítima* la CIJ cuando afirmó que "no existe ni en la Carta, ni en otra parte del Derecho Internacional, una regla general según la cual el agotamiento de las negociaciones diplomáticas sea un preliminar al recurso a la Corte."324

La obligación de agotar las negociaciones para resolver una controversia está contenida, aunque no siempre en forma clara, en algunos instrumentos internacionales, como sería el caso de Convención sobre todas las formas de discriminación racial, examinada por la Corte en el Caso que opuso a Georgia y la Federación Rusa. La Corte, en ese Caso, no se consideró competente para conocer la demanda que planteó Georgia en contra de la Federación Rusa por considerar que **las negociaciones previstas en el artículo 22 de la Convención no habían sido agotadas**. De la interpretación de ese artículo, recurriendo al sentido ordinario de los términos, la Corte consideró que las negociaciones tenían que haber sido agotadas antes325.

Las negociaciones deben llevarse a cabo de **buena fe**, es decir, tratando de buscar realmente una solución a la controversia, como lo dijo la CPJI en el Caso del *Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia*[326]. En el Caso del *Lago Lanoux* (arbitraje del 16 de noviembre de 1957 entre España y Francia) el Tribunal confirmó el principio relativo a la obligación de negociar de buena fe[327]. Las partes, precisó la CIJ en el Caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte,* deben "comportarse de tal manera

---

323 Serie A, No. 22, 1929, p. 13.
324CIJ.Rec. 1998, pár.56.
325 CIJ.Rec, 2011.
326 CPJI, Serie A/B, No. 42, 1931, p. 116.
327 Recueil des Sentences Arbitrales, XII, p. 308.

que la negociación tenga sentido, lo que no es el caso cuando una de las partes insiste en su propia posición sin prever modificación alguna"[328].

Con la negociación se busca resolver la cuestión planteada, pero también, en determinadas circunstancias, como dijimos antes, ella es muy útil para determinar el procedimiento a seguir.

En algunos casos esa obligación se ha ampliado y se refiere no solamente a tratar de lograr un acuerdo, sino a adoptarlo, como sería el caso del artículoVI del Tratado de No proliferación de armas nucleares, al que se refirió la Corte en su Opinión sobre el asunto de la *Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. La Corte apreció toda la importancia de la obligación de **negociar de buena fe** un desarme nuclear y precisó que ella rebasaba una simple obligación de comportamiento; la obligación de que se trataba, según la Corte, es la de lograr un resultado preciso, el desarme general y completo en concreto, adoptando un comportamiento determinado, a saber, la realización de buena fe de negociaciones sobre el desarme nuclear[329]. La obligación de negociar contiene una obligación de concluir, es decir, una verdadera obligación de resultado (*Pactum de contrahendo*).

En el Caso mas reciente ante la CIJ (abril de 2013), Bolivia le pide a la Corte que determine que "Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia con el fin de lograr a un acuerdo que asegure a ella un acceso soberano al mar" (Demanda de abril de 2013, Comunicado de Prensa de la CIJ, 2013/11, del 14 de abril de 2013), obligación que Chile no habría cumplido hasta la fecha. Bolivia se apoya no solamente en el Derecho Internacional, sino en practica diplomática y en declaraciones de altos funcionarios, aspecto que vimos antes al examinar los actos y las declaraciones unilaterales del Estado.

B. **La investigación internacional**

La investigación, encuesta o determinación de hechos es un medio de solución de controversias que tiene por finalidad examinar **cuestiones fácticas para determinar sus realidades**, sin que el órgano que se crea para ello trate de solucionar la cuestión de fondo de la controversia. La Comisión de investigación intenta determinar los

---

328 CIJ, Rec. 1969, p. 47.

329 CIJ,Rec. 1996, párrs. 98 a 103.

hechos que motivan la controversia, para facilitar la consideración de las cuestiones jurídicas y la determinación del Derecho aplicable (Art.14 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907). Las Comisiones de investigación tienen sus límites en ese sentido, como se estableció en la Comisión creada en el contexto del Caso *Hull*, en el que dicha Comisión procedió a establecer las responsabilidades de las partes, una cuestión eminentemente jurídica o de fondo, para lo cual no había sido creada[330].

Las Comisiones de investigación, creadas de mutuo acuerdo entre las partes involucradas en la controversia, funcionan con base en reglas preestablecidas, descritas en textos internacionales, como sería el caso de las Convenciones de La Haya citadas, artículos 12 y siguientes y en el Pacto de Bogotá. En esos textos se establecen las reglas aplicables para su constitución y su funcionamiento.

La investigación no es siempre un mecanismo aislado. A veces se le vincula al arbitraje, otras a la conciliación e incluso al arreglo judicial. En el marco de las controversias que se puedan plantear en relación con la interpretación o la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los instrumentos conexos o relacionados, se prevé que las partes en la controversia de que se trate, muy particulares, por lo demás, como lo veremos en su oportunidad, puedan convenir en cualquier momento, en solicitar que un tribunal arbitral especial constituído de conformidad con el Anexo VIII de la Convención, realice una investigación y determine los hechos que hayan originado la controversia, como se precisa en el artículo 5 de dicho Anexo.

Los conclusiones a las que pueda llegar el tribunal arbitral especial serán **recomendaciones que no tienen fuerza decisioria** pero que pueden ser útiles para que las partes examinen las cuestiones que han dado origen a la controversia. (Art. 5 del Anexo VIII de la Convención).

También, en elartículo XV del Pacto de Bogotá se le presenta vinculada a otro procedimiento, en este caso, a la conciliación. También se le vincula al arreglo judicial, como se aprecia en el artículo50del Estatuto de la CIJ que autorizaalaCortea"comisionaracualquier

330 DAILLIER, FORTEAU, y PELLET, Droit International Public, op. cit, p. 930, pár. 508.

individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ellaescoja,paraquehagaunainvestigaciónoemitaundictamenpericial".

Las Comisiones de investigación están generalmente integradas por personas de reconocida solvencia, como es el caso de las Comisiones a que se refiere el artículo 90 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra de 1949 que prevé la creación de una Comisión Internacional de determinación de hechos o de investigación que estará integrada "... por quince miembros de alta reputación moral y de reconocida imparcialidad" quienes actúan a título personal. Las competencias de las Comisiones son fijadas previamente por las partes, como se precisa en el artículo 90 antes citado.

En el artículo 9 de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 se recomienda a las partes en una controversia que no se refieran al honor o a intereses vitales, que surjan por una diferencia de opinión de puntos de hechos y que no han logrado un arreglo por la vía diplomática, establecer una Comisión Internacional de Investigación, para facilitar una solución de las diferencias aclarando los hechos por medio de una concienzuda e imparcial investigación.

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas incluye la investigación como uno de los medios de solución de controversias; también está prevista, aunque no en forma expresa, en el artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas que autoriza al Consejo de Seguridad a "investigar toda controversia (...) a fin de determinar si la prolongación de tal controversia pone en peligro el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales…".

La investigación contribuye de manera importante al mantenimiento de la paz. El Consejo de Seguridad, ante una controversia o una situación "debería considerar la posibilidad de celebrar consultas con miras a estudiar los hechos relativos a la controversia", como lo indica en el párrafo 9 de su Resolución 43/51, del 5 de diciembre de 1998, que contiene la **Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que**

puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en ésta[331].

En 1963 la Asamblea General de las Naciones Unidas comisionó al Secretario General a examinar el rol de la investigación como un medio de solución pacífica de controversias y de su prevención en tratados bilaterales y multilaterales y en el marco de las organizaciones internacionales. En la resolución 1967 (XVIII), del 16 de diciembre de 1963, la Asamblea General estimaque "podría hacerse una contribución importante al arreglo pacífico de las controversias internacionales y a la prevención de tales controversias, instituyendo un sistema para la determinación de hechos dentro de las organizaciones internacionales y en convenios bilaterales y multilaterales"[332].

En el documento "**Un Programa de Paz: Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz**"333, se hace referencia expresa a la investigación y a la determinación de los hechos. Se señala en ese documento que "hay que recurrir más a la investigación de los hechos, de conformidad con la Carta, iniciada ya sea por el Secretario General, para que pueda cumplir las funciones que le encomienda la Carta, incluido el artículo 99; o bien por el Consejo de Seguridad o la Asamblea General...".

El Consejo de Seguridad ha creado algunas Comisiones de investigación, siendo la primera, en 1979, en relación con la situación en Jerusalén. Más tarde, creó otras Comisiones para que examinaran las situaciones en la antigua Yugoslavia, en Ruanda, en Burundi, en Liberia y en Sierra Leona.

Las **conclusiones de las Comisiones de investigación**, como en el caso de las soluciones planteadas tras una gestión de buenos oficios o de una mediación, **no son vinculantes para las partes**, lo que no signfica que éstas deban ignorarlas.

---

[331] La Asamblea General ha adoptado importantes resoluciones en relación con la investigación, en concreto. Así, entre otras, las Resoluciones 38/141 (1983); 39/88 (198); 40/78 (1985); 41/83 (1986); 42/157 (1987); 46/59 (1991).

[332] Ver Informes del Secretario General que dan seguimiento a esta resolución, del 1 de mayo de 1964 y 7 del 22 de abril de 1966.

333Informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 17 de junio de 1992, Doc. A/47/277.

C. **Los buenos oficios**

Las partes en una controversia pueden recurrir también a los **buenos oficios** de un tercero que puede ser un Estado, una organización internacional o una personalidad internacional reconocida, cuyo prestigio pueda llevar a las partes en la controversia a sentarse y negociar. Se trata de un mecanismo en alguna medida similar a la mediación. La diferencia radica en que quien ejerce los buenos oficios se limita a buscar el acercamiento entre las partes y no presenta soluciones. Si el tercero ayuda, además de iniciar una negociación, a encontrar un compromiso, estaríamos ante un procedimiento de mediación.

En todos los casos, la gestión de los buenos oficios solamente se puede ejercer, como es lo general en el recurso a los mecanismos, en base al consentimiento. Las partes deben solicitarlo en forma conjunta o aceptar la propuesta del órgano que ofrezca ejercer tales funciones.

El que ejerce los buenos oficios o buenoficiante puede hacer propuestas a las partes, especialmente, para acercarlas a negociar. Las recomendaciones de quien ejerce los buenos oficios no son vinculantes jurídicamente. Las partes pueden o no aceptarlas, sin que ello se traduzca en un incumplimiento que ponga en juego la responsabilidad internacional del Estado.

Se trata de un procedimiento de origen consuetudinario que se recoge por primera vez en un texto convencional, en la **Convención de La Haya de 1899,** en cuyo artículo 2 se establece que:

> "en caso de grave disentimiento o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias Signatarias acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas".

Según el artículo IX del **Pacto de Bogotá** el procedimiento de los Buenos Oficios consiste en:

> "la gestión de uno o más Gobiernos Americanos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada".

Y agrega en su artículo X que:

> "una vez que se haya logrado el acercamiento de las partes y que éstas hayan reanudado las negociaciones directas quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiere ofrecido sus Buenos Oficios o aceptado la invitación a interponerlos; sin embargo, por acuerdo de las partes, podrán aquéllos estar presentes en las negociaciones".

La Carta de las Naciones Unidas, por su parte, no hace referencia a este procedimiento en su artículo 33, antes citado; tampoco en la citada **Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados de conformidad con las Carta de las Naciones Unidas**[334]**.** Mientras que en la **Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales**[335] sí se hace referencia, en concreto, en el párrafo I.5 que dice:

> "los Estados procurarán, de buena fe (...) el arreglo pronto de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes: (...) u otros medios que ellos mismos elijan, incluidos los buenos oficios".

También en la **Carta de la OEA**, en su artículo 25, se hace referencia a este medio. En ese artículo se señala que "son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los **buenos oficios**, la mediación...". De la misma manera, en el **Pacto de Bogotá,** en sus artículos IX a XIV, se contempla este medio.

En la práctica muchas controversias han sido sometidas en primera fase a los buenos oficios, destacando las gestiones realizadas por organismos internacionales, especialmente, las Naciones Unidas y la OEA cuyos Secretarios Generales han ejercido en la práctica funciones de buenoficiante. En el caso de la OEA, en particular, la práctica más reciente muestra las gestiones de buenos oficios llevadas a cabo por uno de sus órganos, el Consejo Permanente; y el Secretario General, en particular, en el caso que opone a Nicaragua y Costa Rica, en relación con la demarcación de una parte del río San Juan336.

---

334 Res 2625, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (XXV).

335 Res 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de noviembre de 1982.

336El Consejo Permanente adoptó la resolución CP/RES.978 (1777/ 10) sobre el tema: "Situación en la zona limítrofe de Costa Rica y Nicaragua", el 12 de noviembre de

En el caso de la controversia planteada en relación con el Laudo de 1899 y el territorio Esequibo, Venezuela y Guyana acordaron pedir al Secretario General de las Naciones Unidas, en 1987, la designación de un buenoficiante que tenía que ser aceptado por las dos partes para que pudiera ejercer sus funciones, procedimiento que fue ratificado en 2009.

D. La mediación

La mediación consiste en la **invitación que se hace a tercero para que trate de acercar a las partes en una controversia**. Se trata de un medio que supone **la intervención de un tercero**, con el consentimiento o la aprobación de las partes involucradas en la controversia. Según el Pacto de Bogotá "el procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o mas gobiernos americanos o a uno o mas ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia" (Art. XI).

Al igual que en los buenos oficios, la mediación puede ser ofrecida por uno o varios Estados, una organización internacional o por una personalidad independiente, incluso por organizaciones no gubernamentales (como el Comité Internacional de la Cruz Roja, en conflictos de interés humanitario). El mediador, al igual que el buen oficiante debe ser aceptado por las partes para que pueda realizar una gestión en relación con una controversia entre ellas. La mediación no excluye las negociaciones directas entre las partes. El mediador facilita las reuniones entre ellas, utilizando elementos de forma y de fondo para lograr una solución. Según el Diccionario de Derecho Internacional, la mediación es un mecanismo que "supone la participación de un tercero independiente (...) en las negociaciones entre dos o más sujetos de

---

2010. El Consejo Permanente, al reconocer "la necesidad de generar medidas de fomento de la confianza que favorezcan las negociaciones bilaterales para superar las diferencias" le solicita a los dos gobiernos "Retomar de inmediato las conversaciones sobre aspectos relacionados con la demarcación de la línea fronteriza realizados hasta la fecha, conforme a los tratados y laudos existentes (...) para generar un clima propicio para el diálogo entre ambas naciones, evitar la presencia de fuerzas armadas o de seguridad en el área donde su presencia podría generar tensión. El Consejo le solicita al Secretario General que "continúe ejerciendo sus buenos oficios a fin de facilitar el diálogo entre las partes".

Derecho Internacional involucrados en una controversia"[337]. En el Pacto de Bogotá se precisa que "las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable (Art. XII).

Las propuestas del mediador no son vinculantes, al igual que las producidas en el contexto de los otros medios diplomáticos de solución de controversias antes examinados. Las partes pueden aceptarlas y llevarlas a cabo, si lo consideran conveniente.

El procedimiento de la mediación está incluido en diversos textos internacionales. Así, en las **Convenciones de la Haya** de 1899 y de 1907, en sus artículos II a VIII; en la **Carta de las Naciones Unidas**, en su artículo 33; en la **Carta de la OEA,** en su artículo 25, y en el **Pacto de Bogotá de 1948,** en los artículos XI y siguientes.

La mediación ha sido utilizada como medio de solución de controversias en diversas oportunidades. Sus resultados han sido siempre favorables al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional, aunque la controversia no haya sido resuelta en todos los casos. Como ejemplos históricos de mediación cabe citar la mediación de Gran Bretaña, en 1825, entre Portugal y Brasil; por Francia en la controversia entre Gran Bretaña y Grecia, en 1849. También, la mediación de Gran Bretaña en la controversia entre Estados Unidos y Francia. De particular interés resulta la mediación llevada a cabo por Francia que conduce a la conclusión, entre España y Estados Unidos, del Tratado de Paz del 10 de diciembre de 1898, por el que España "renuncia a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba" (Art.1 del Tratado); "cede a Estados Unidos la isla de Puerto Rico y las demás que están ahora bajo su soberanía en las islas occidentales, y la isla de Guam, en el archipiélago de las Marianas o Ladrones" (Art. 2) y "las Islas Filipinas" (Art. 3).

En la práctica, la Sociedad de Naciones medió en varios conflictos internacionales en forma exitosa, entre los cuales el de las *islas Aaland* entre Finlandia y Suecia en 1921; la controversia entre Alemania y

[337] Diccionario de Derecho Internacional cit, 2ª. Ed., Ed. El Nacional, Caracas, 2012.

Polonia por la *Alta Silesia*, en 1921; el conflicto entre Grecia y Bulgaria, en 1926; y el conflicto entre Hungría y Yugoslavia, en 1934.

El recurso a la mediación es usual en la práctica contemporánea. Así, entre otros esfuerzos de mediación, la realizada por el gobierno de Argelia que permite la conclusión de los Acuerdos de Argel de 1981 sobre la solución de controversias entre Estados Unidos e Irán. Y la de Estados Unidos en medio del conflicto de la exYugoslavia que permite la conclusión del Acuerdo de Paz de Dayton, de 1995, un esfuerzo que incluye la gestión de las Comunidades Europeas y Naciones Unidas.

En América Latina la mediación como medio de solución de controversias ha sido muy útil y eficaz, aunque no en todos los casos, como la fracasada gestión llevada a cabo por el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Alexander Haig, en el contexto de la controversia de las islas Malvinas, en 1982, que enfrentó a Argentina y Reino Unido.

En el caso de la guerra del Chaco, la mediación de algunos Estados de la región reunidos en la Conferencia de Buenos Aires de 1936, permitió la conclusión del Tratado de Paz. También en el ámbito regional destaca la mediación del Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Bustamante y Rivero, en el conflicto entre Honduras y El Salvador, en 1980 y la mediación papal, después del arbitraje, en el caso del Canal de Beagle entre Chile y Argentina que permitió la conclusión del Tratado de Paz y Amistad del 29 de noviembre de 1984.

E. La conciliación internacional

De acuerdo con la resolución de 1961 del Instituto de Derecho Internacional, la conciliación es "un método de solución de controversias internacionales de cualquier naturaleza de acuerdo con lo cual una Comisión es escogida por las partes, sea permanente o *ad hoc*, para examinar una controversia, de manera imparcial y definir los términos de un arreglo susceptible de ser aceptado por las partes o de brindarles a ellas, con miras para su solución, la asistencia requerida por las mismas". Algunos definen la conciliación como un medio que "...implica la intervención de un órgano sin autoridad política propia que goza de la confianza de las partes en la controversia con el encargo

de examinar todos los aspectos del litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes"[338]. Según el Diccionario de Derecho Internacional, la conciliación es por lo general "un procedimiento confidencial en el que el conciliador o los miembros del órgano de conciliación (panel) consideran los hechos y los aspectos jurídicos (de una controversia)".

En el marco concreto del Pacto de Bogotá, le corresponde a la Comisión de Conciliación, según su artículo XXII, "esclarecer los puntos controvertidos, procurando llevar a las partes a un acuerdo en condiciones recíprocamente aceptables. La Comisión promoverá las investigaciones que estime necesarias sobre los hechos de la controversia, con el propósito de proponer bases aceptables de solución".

La conciliación tiene algunas características propias. En primer lugar, por lo general, ella es acordada **previamente**, es decir, antes de que surja la controversia, lo que la distingue de la mediación que se plantea, en la mayoría de los casos, después que surge la controversia. En segundo lugar, **la conciliación se lleva, por lo general, en un debate contradictorio,** lo que le acerca a los medios jurisdiccionales, aunque sus **decisiones,** en la mayoría de los casos, no son vinculantes, tratándose más bien de recomendaciones.

Por lo general, subrayamos, las recomendaciones de las Comisiones de Conciliación no son vinculantes. El Pacto de Bogotá dice a este respecto que los informes y las conclusiones de la Comisión creada en el marco del Pacto de Bogotá "no serán obligatorios para las partes ni en lo relativo a la exposición de los hechos ni en lo concerniente a las cuestiones de derecho, y no revestirán otro carácter que el de recomendaciones sometidas a la consideración de las partes para facilitar el arreglo amistoso de la controversia" (Art. XXVIII).

Hay sin embargo excepciones al carácter facultativo de la conciliación. Así, por ejemplo, la **conciliación obligatoria** prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a la que nos referiremos más adelante. Y, la conciliación prevista en las **Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados,** en el marco del procedimiento que deberá seguirse con respecto a la

[338] COT, J.P., *La Conciliation Internationale*, ed. Pédone, París, 1968, p. 8.

nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado que remite al artículo 33 de la Carta.

En el artículo 66 (procedimientos de arreglo judicial, arbitraje y **conciliación**) de dichas Convenciones de Viena se le menciona expresamente y se remite al Anexo en el que se establece el procedimiento. La conciliación prevista en la Convención de Viena, al igual que en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como dijimos antes, es obligatoria, aunque lógicamente esta basada en el consentimiento expresado por los Estados al constituirse en parte de la Convencion, según se desprende del artículo 2 del Anexo en el que se dice que "cuando se haya presentado una solicitud, conforme al articulo 66, al Secretario general, éste **someterá la controversia a una comisión de conciliación**...." Los "amables componedores" son designados por las partes, pudiendo el Secretario General designar el quinto si no hubiese acuerdo entre las partes.

La conciliación como medio pacífico de solución de controversias no es mencionada en las **Convenciones de La Haya de 1899 ni en la de 1907;** tampoco en el **Pacto de la Sociedad de Naciones.** Antes de la I Guerra Mundial la conciliación fue contemplada en los Tratados Bryan, concluidos entre Francia y Estados Unidos, en 1913/14. En el período de entreguerras (1919-1945) surge como un mecanismo relevante, incluyéndosele en más de 200 tratados de la época. Es más tarde, después de 1945, sin embargo, cuando se le incorpora en distintos textos internacionales, como serían la **Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 33 y** el **Pacto de Bogotá** en el que se establece un mecanismo de **investigación y conciliación** que involucra al Consejo de la OEA.

La **Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados** (Res. 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970) menciona también la conciliación como uno de los medios de solución de controversias. Igualmente en la **Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las controversias internacionales** (Res. 37/10, del 15 de noviembre de 1982) se señala en su párrafo I.5 que "los Estados

procurarán (...). El arreglo pronto y equitativo de sus controversias (...) mediante cualquiera de los medios siguientes (...) la conciliación...".

En 1995, la Asamblea General adoptó la **resolución 50/50** en la que se incluye un grupo de **Normas Modelo para la Conciliación** , preparadas por el "Comité de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento de la Organización". Estas Normas son meras referencias que los Estados pueden incluso modificar.

La aceptación del recurso a la conciliación reposa también, como en el caso de los otros medios de solución, en el **consentimiento de las partes.** Se trata, por lo general, de un mecanismono compulsivo. En las Normas Modelo de las Naciones Unidas para la conciliación de controversias entre Estados, antes mencionadas, se confirma la necesidad del consentimiento de las partes para que pueda ser puesto en marcha el mecanismo. En su artículo 1 se señala a ese respecto que:

> "1. Estas Normas se aplican a la conciliación de controversias entre Estados en que los mismos hayan expresamente convenido por escrito en su aplicación.
>
> 2. Los Estados que acepten aplicar estas Normas pueden en cualquier momento, por mutuo acuerdo, convenir en excluir o enmendar cualesquiera de sus disposiciones".

Las partes en la controversia definen previamente, en el acuerdo por el que deciden recurrir a la conciliación, los rasgos que ha de revestir la misma. De la misma manera deciden la composición de la Comisión de conciliación que frecuentemente suele ser de 3 o 5 miembros (un número impar), siendo también por lo general designado un presidente por los 2 o 4 miembros designados por las partes.

F. El tratamiento de las controversias y de las situaciones internacionales en el marco de las Naciones Unidas y de los Acuerdos y Órganos regionales

Las"controversias"y"situaciones"internacionales pueden ser examinadas por órganos internacionales, especialmente cuando afectan la paz y la seguridad internacionales. En particular, estas controversias o situaciones pueden ser examinadas por los órganos de las Naciones

Unidas: el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General, cuyas competencias están definidas en la Carta y desarrolladas en la práctica; y, por los órganos regionales cuando los acuerdos u organizaciones de que se trate son compatibles con los Principios y Propósitos de las Naciones Unidas.

a. En el marco de las Naciones Unidas

El objetivo principal de la creación de las Naciones Unidas y en el que se funda la Carta de la Organización es "mantener la paz y la seguridad internacionales".De allí que su estructura gire en torno a las acciones que deban tomar sus órganos para evitar la ruptura de la paz y reestablecerla y mantenerla cuando sea necesario.

La solución de las controversias y de las situaciones que afectan la paz y la seguridad internacionales es una preocupación recogida en la Carta, para lo cual se enuncian los mecanismos que el Derecho Internacional reconoce como válidos, dejando abierta la puerta para considerar otros que las partes involucradas consideren viables, como vimos antes.

El artículo 33-1 de la Carta de las Naciones Unidas enuncia, como hemos visto, los medios políticos o diplomáticos y los jurisdiccionales de solución de controversias. Agrega el artículo 33-1 de la Carta "el recurso a organismos o acuerdos regionales" lo que supone implícitamente, una remisión al artículo 52 de la Carta, que a su vez contiene una referencia a las controversias de carácter local.

La Carta presenta un sistema en el que varios de sus órganos principales: el **Consejo de Seguridad** (i), la **Asamblea General** (ii) y el **Secretario General**(iii), tienen competencias específicas que permiten una actuación coordinada de los mismos, para lograr el objetivo principal: la paz y la seguridad internacionales. En el **ámbito regional,** íntimamente vinculado al sistema universal, la Carta de la OEA y el Pacto de Bogotá también establecen reglas para la solución de las controversias que examinaremos en forma conjunta, en concordancia con las establecidas en la Carta de la ONU (iv).

i. El Consejo de Seguridad

El **Consejo de Seguridad** tiene la "responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales" (Art.24-1 de la Carta); los Miembros de las Naciones Unidas convienen "en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, de acuerdo con esta Carta." (Art. 25). Son las dos normas que fijan la competencia del Consejo en este ámbito.

Su composición debe ser reseñada toda vez que existen Miembros Permanentes (Francia, China, Rusia, Estados Unidos y Reino Unido) tema que ha generado un debate especialmente intenso durante los últimos años, no solamente en cuanto a su existencia como un órgano con Miembros permanentes, de composición restringida, sino también respecto a los poderes que le otorga la Carta a ese grupo de países, el **derecho de veto** que en ocasiones ha bloqueado la adopción de decisiones importantes en materia de mantenimiento de paz y seguridad internacionales, como ha sido el caso de la crisis en Siria (2011/2013) que ha causado innumerables víctimas, especialmente dentro de la población civil, en relación con lo cual China y Rusia se han opuesto, es decir, han ejercido el derecho de veto, impidiendo así la adopción de los proyectos de resolución presentados en el Consejo lo que lamentablemente ha impedido que la crisis haya sido solucionada en forma definitiva.

i. Las competencias del Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad tiene una serie de competencias para conocer de las controversias o situaciones que puedan afectar la paz y la seguridad internacionales que se precisan en los Capítulos VI, VII y VIII de la Carta.

a. Las competencias del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VI

En primer lugar, de conformidad con el artículo 33-2 de la Carta, el Consejo **puede instar a las partes** a que arreglen sus controversias por los medios a que se refiere el artículo 33-1 del mismo texto y **recomendar** los procedimientos o métodos de arreglo que considere apropiados, en cualquier momento, según el artículo 36-1. En la práctica el Consejo ha

sugerido negociaciones, mediación, buenos oficios, entre otros mecanismos, parasolucionar tales situaciones o controversias.

En cuanto al recurso a la Corte Internacional de Justicia, el Consejo lo hizo en el contexto del Caso del *Estrecho de Corfú* (Reino Unido/Albania), al que nos referimos más adelante cuando se examine la competencia de la CIJ, en particular, el *forum prorrogatum*. Éste sería el único caso en el que el Consejo ha"recomendado" en forma clara el recurso a la Corte como medio de solución de controversias. En el Caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, el Consejo adoptó una posición distinta, menos precisa, al pedir a las partes que "tomaran en cuenta la contribución de las instancias judiciales competentes, en particular la Corte Internacional de Justicia, pueden aportar a la solución de cualquier controversia jurídica..."[339].

El Consejo tiene la facultad de actuar *motu proprio*, al poder inscribir en su agenda el tratamiento de una controversia y proceder, según el artículo 34, a **investigar toda controversia o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia**. El artículo 35 de la Carta permite el **acceso al Consejo**, de cualquier Miembro (pár-1) de la Organización e incluso de un Estado no Miembro (pár-2) para que el Consejo o la Asamblea conozcan "cualquier controversia o cualquier situación de la naturaleza expresada en el artículo 34". En el primer caso cualquier Estado Miembro puede plantear una cuestión al Consejo o a la Asamblea en el segundo, solamente cuando dichos Estados son partes en la controversia o situación de que se trate. La actualidad seguramente brindará escasos ejemplos de esta segunda situación, dada la práctica universalidad de la Organización en nuestros días. El artículo 35 permite indistintamente el acceso al Consejo o a la Asamblea. Sin embargo, en el segundo caso, dicho acceso estaría limitado en los artículos 11 y 12 de la Carta que veremos más adelante.

Los Estados Miembros también pueden solicitar al Consejo que **investigue** una situación que afecta la paz y la seguridad internacionales. El hasta entonces representante permanente de Libia ante las Naciones Unidas, por carta del 26 de febrero de 2011, solicitó

---

[339] Res. de 25 de agosto de 1976.

una reunión del Consejo para que se tratara la situación en su país, en donde los enfrentamientos entre fuerzas oficiales y el pueblo libio habían provocado numerosas víctimas, reflejo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos. Si bien inicialmente la postura adoptada por el Consejo de Seguridad fue tibia, mediante una declaración, días más tarde se pronunciaría de manera más contundente mediante la resolución 1970 (2011), del 26 de febrero de 2011, estableciendo un régimen de sanciones (prohibición de viajar y congelación de fondos en el extranjero de Gadafi, sus familiares y personas vinculadas a su gobierno). En este caso nos adentramos en el Capítulo VII y el sistema de sanciones previsto en el mismo, concretamente en el artículo 41.

El artículo 34 autoriza al Consejo a iniciar un **procedimiento de investigación** en este contexto, aunque en la práctica éstas se hayan llevado a cabo, más en virtud de los poderes generales del Consejo, que con base en esta disposición de la Carta. Solamente en las cuestiones relativas a la frontera griega y a la *Controversia India-Pakistán* el Consejo fundó su poder de investigación en el artículo 34 de la Carta. Las otras veces en las que el Consejo ha iniciado una investigación, lo ha hecho en virtud de sus competencias generales[340].

El Consejo tiene también la facultad de **recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados** para resolver una controversia o una situación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36. El Consejo puede, según esta disposición de la Carta, actuar por iniciativa propia. El Consejo puede hacer, en efecto, recomendaciones en relación con la cuestión planteada, pero según esta disposición, solamente en cuanto se refiere a los procedimientos para solucionar la controversia, como lo hizo en el caso antes referido, cuando recomendó al Reino Unido y a Albania "someter inmediatamente la controversia a la Corte Internacional de Justicia..."[341].

El Consejo, sin embargo, no podría imponer procedimientos a las partes. El 36-2 establece claramente que "el Consejo deberá tomar en

---

340 BOUIFFROR, S. *Commentaire a l'article 34. La Charte des Nations Unies*. Cit. pp. 1067-1068.

341 Resolución del 9 de abril de 1947.

consideración todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia". Por lo general, el Consejo hace suyos los acuerdos de las partes acerca de los mecanismos de solución de controversias, como por ejemplo, el apoyo dado a los acuerdos suscritos entre las partes, en el caso de la situación en El Salvador[342], entre otros.

Sinembargo, cuando se trata de controversias jurídicas, de acuerdo con la definición antes referida, el Consejo deberá tomar en consideración que por regla general, ellas deberían ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones de su Estatuto. La Corte lo hizo en el Caso del *Estrecho de Corfú*, ya referido. El Consejo no habría recurrido al artículo 36-3 de la Carta para recomendar el recurso a la CIJ, por considerar que las partes en la controversia deben aceptar la competencia de la Corte[343], lo que no resulta fácil para un órgano político como el Consejo.

El artículo 37-1 impone una obligación a los EstadosMiembros cuando la controversia no se soluciona de acuerdo con los medios previstos en el artículo 33 de la Carta. Esta disposición tampoco habría sido aplicada por el Consejo por cuanto se funda en un supuesto poco probable, de que los Estados reconozcan que están ante una controversia y que los medios utilizados hasta entonces han fracasado. Por otra parte, si el Consejo estima que la controversia "es realmente susceptible de poner el peligro la paz y la seguridad internacionales decidirá si ha de proceder de conformidad con el artículo 36 o sí ha de recomendar los términos de arreglo que considere apropiados" según lo prescribe el artículo 37-2.

El Consejo de Seguridad puede también, si las partes en la controversia lo solicitan, "hacerles recomendaciones a efecto de que se llegue a un arreglo pacífico" (Art.38). El Consejo podría, según esta disposición, conocer el fondo de la cuestión, pero tropieza con la necesidad de una solicitud de las dos partes, en forma conjunta, lo que en la práctica no es fácil.

Las conclusiones a las que llega el Consejo de Seguridad, es decir, las resoluciones que adopta en este marco, son **recomendaciones**, por lo

---

342 Res. el 23 de noviembre de 1994.

343 Ver. MOMTAZ, D, *Commentaire a l'article 36, Charte des Nations Unies*, op.cit, p.1106.

tanto no vinculantes, a diferencia de las decisiones que puede adoptar en el marco del Capítulo VII que veremos enseguida.

b. Competencias del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII

Los supuestos a que se refieren los capítulos VI y VII son distintos, lo que incide, como vemos, en el carácter de las resoluciones que adopta el Consejo en cada contexto. En el primero, se trata de situaciones o controversias que pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, en el segundo, se está ante casos de amenaza, ruptura de la paz y actos de agresión.

En el marco del Capítulo VII el Consejo tiene la facultad de constatar y de calificar la existencia de una de las tres situaciones a que se refiere el artículo 39 (amenaza, ruptura de la paz y actos de agresión) y adoptar las **recomendaciones** pertinentes para restablecer la paz; y la facultad de adoptar medidas, con la forma de **decisiones**, cuyo carácter vinculante es incuestionable, en virtud de los artículos 41 y 42. El artículo 25 de la Carta prescribe, como se señaló antes, que los Miembros "deben aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad..." lo que evidencia el carácter vinculante de las mismas.

Cuando la situación permanece y tiende a agravarse el Consejo, antes de recomendar o decidir acciones, "podrá" instar a las partes que cumplan con las "medidas provisionales " que en el marco de este artículo puede adoptar, medidas que no deberán afectar "los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas..." según establece el artículo 40, con base al cual el Consejo ha adoptado, en numerosas oportunidades, resoluciones (en relación con el conflicto franco-tunecino (Res. 164, del 22 de julio de 1961); la crisis de República Dominicana (Res. 203, del 4 de mayo de 1965) y otras (Chipre, Somalia).

El artículo 39, en particular, establece que el Consejo "determinará la existencia de toda amenaza de la paz o acto de agresión" y "hará recomendaciones o decidirá" las medidas que se deban adoptar de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la Carta que van desde medidas que no implican el uso de la fuerza (Art. 41): interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones, así como la ruptura de relaciones diplomáticas, hasta otras medidas que implican el uso de

la fuerza necesarias, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (Art. 42).

En la práctica sólo en las situaciones de Corea y de la invasión de Kuwait por Irak, el Consejo se ha referido a "ruptura de la paz". Las otras situaciones, en relación con las cuales el Consejo ha aplicado el Capítulo VII, se refieren a "amenazas a la paz."

El concepto de "amenzas a la paz" ha evolucionado, especialmente después de la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad al término de la Reunión de Jefes de Estado, del 31 de enero de 1992. No se trata más de conflictos interestadales. Se admiten "otras amenazas no militares contra la paz, que encuentran su origen la inestabilidad que existe en los ámbitos económico, social, humanitario o ecológico"[344].

Más recientemente, el 26 de febrero de 2011, el Consejo adoptó la resolución 1970 (2011), citada con anterioridad, en la que se expresa que: "*Actuando* en virtud de Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y adoptando medidas con arreglo al artículo 41. 1. *Exige* que se ponga fin de inmediato a la violencia y pide que se tomen medidas para satisfacer las demandas legítimas de la población; 2. *Insta* a las autoridades libias a: a) Actuar con la máxima mesura, respetar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y permitir el acceso inmediato de veedores internacionales de derechos humanos; b) Garantizar la seguridad de todos los ciudadanos extranjeros y sus activos, y facilitar la salida de los que deseen dejar el país; c) Garantizar la entrada segura al país de los suministros humanitarios y médicos y de los organismos y trabajadores humanitarios; y d) Levantar inmediatamente las restricciones impuestas a los medios de comunicación de todo tipo..." junto a un régimen de sanciones para Gadafi, ciertos miembros de su familia y de su gobierno (prohibición de viajar y congelación de fondos.

Las medidas adoptadas por elConsejo en esta resolución de febrero de 2011 están recogidas en forma detallada en los párrafos 9, 10, 15 y 17 de la misma: embargo de armas, limitaciones de tránsito de

[344] Documento S/23500, del 31 de enero de 1992.

personas, congela de fondos y otros activos financieros y económicos, propiedad directa o indirecta de las personas incluidas en la lista.

En el contexto de esta misma situación, el Consejo adoptó el 17 de marzo de 2011, la resolución 1973 en la que "actuando en virtud del Capítulo VII, (...) exige que se establezca (...) de inmediato una cesación del fuego..." Y, establece una zona de prohibición de vuelos en el espacio aéreo libio. En el párrafo 8 de esta resolución se autoriza "a todos los Estados Miembros que hayan notificado al Secretario General y al Secretario General de la Liga Arabe (...) a adoptar todas las medidas necesarias para hacer cumplir la la prohibición de vuelos impuesta en el píarrafo 6..." Esta redacción autorizaría, evidentemente, el uso de la fuerza en coordinación con el Secretario General de las Naciones Unidas y los organismos regionales.

b. La Asamblea General: Competencias en el marco de la solución de controversias y de las situaciones que puedan afectar la paz y la seguridad internacionales

La **Asamblea General,** el órgano mas representativo de la Organización, por estar integrado por todos los Estados Miembros (Art. 9 de la Carta) en igualdad de condiciones, juega también un papel importante, aunque no primordial, en lo que se refiere al mantenimiento y al reestablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. La Asamblea tiene facultades muy amplias en este contexto, de conformidad con lo previsto en la Carta, en particular, en sus artículos 10, 11, 12 y 14.

La Asamblea puede, en virtud del artículo 10, **discutir cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites de la Carta y podrá hacer recomendaciones,** con la excepción prevista en el artículo 12 que veremos luego. La Asamblea puede, de acuerdo con el artículo 11-2, examinar "toda cuestión relacionada con la paz y la seguridad internacionales" y "adoptar recomendaciones al respecto"dirigidas a un Estado e incluso al Consejo de Seguridad o a ambos.

El examen de las facultades de la Asamblea, en el marco del artículo 11, parágrafos 2 y 3, debe hacerse en forma conjunta con las diversas disposiciones de la Carta. En la práctica la Asamblea ha

interpretado de manera amplia esta facultad, aunque en una época se alegaba el artículo 2-7 de la Carta, relativo a la no intervención los asuntos esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, para impedir la aplicación del artículo 11-2 y que la Asamblea conociera determinados asuntos.

La **facultad de la Asamblea General** de conocer una cuestión relacionada con la paz y la seguridad internacionales, según el artículo 11, está limitada a lo previsto en el artículo 12 que prescribe que "**no podrá hacer ninguna recomendación sobre las cuestiones relativas a la paz y la seguridad internacionales, mientras el Consejo esté desempeñando sus funciones con respecto a una controversia o una situación**". El Consejo, como se ha señalado antes,tiene según el artículo 24 de la Carta, una responsabiliad primordial en este contexto, pero no necesariamente exclusiva como lo precisó la CIJ en su Opinión Consultiva sobre *Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*[345].

La práctica inicialmente adoptada era que mientras la cuestión estaba en la agenda del Consejo, la Asamblea no podía considerar dicha situación, lo que impidió que algunos asuntos fueron examinados por la Asamblea porque estaba en la agenda del Consejo[346]; en otros casos, distintamente, el Consejo sacó de su agenda el asunto para que la Asamblea pudiera conocerlo[347].

Las competencias de la Asamblea han evolucionado de manera tal que puede conocer simultáneamente con el Consejo de una situación o una controversia, en determinadas condiciones. La resolución A/Res/ 377, adoptada en 1950 (Resolución *Dean Acheson*), en relación con la situación en Corea, abre el espacio para esta evolución. En esta resolución se recogen las dos condiciones que se exigen para que pueda actuar subsidiariamente. En primer lugar, cuando "el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y laseguridad internacionales" y segundo "en todo caso en que resulte

345 CIJ, Rec. 2004, pár.26.

346 Cuestión de Indonesia, 7 de diciembre de 1949.

347 Cuestión de España, 4 de novembre de 1946. Incidentes en la frontera griega, 15 de setiembre de 1947.

haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto agresión". La Asamblea General, de acuerdo con esa resolución, "examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros las recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas".

Se estimaba que la expresión "mientras el Consejo esté desempeñando sus funciones" suponía que era en el momento, lo que reducía el alcance de la expresión, en particular, la inclusión de la cuestión en la agenda del Consejo.

En relación con la situación en el Congo (Res. 1599 (XV) y 1600 (XV) y respecto de las colonias portuguesas (Res. 1599 (XV), la Asamblea General consideró que tenía facultades para conocerlas y adoptar recomendaciones, aunque estaban inscritas en la agenda del Consejo.

En su Opinión Consultiva sobre *Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado,* la CIJ al admitir la cuestión planteada por la Asamblea General, recoge estos dos elementos al destacar que el Consejo no había adoptado una resolución sobre el caso de determinados asentamientos israelíes en territorio palestino ocupado, debido a los votos negativos de un miembro permanente. Además, que según la resolución de la Asamblea General, en la que exigía que Israel detuviera la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, ES-10/2 "existía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales"[348].

c. El Secretario General

El Secretario General de las Naciones Unidas es el funcionario administrativo de mayor jerarquía de la Organización al que se le asignan ciertas competencias en virtud del artículo 97 de la Carta. El Secretario General tiene algunas otras atribuciones, según el artículo 98, en el que se precisa que "actuará como tal en todas las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del ECOSOC..." Deberá, envirtud de esta disposición, rendir "a la Asamblea General un Informe anual sobre las actividades de la Organización".

---

348 CIJ. Rec.2004, pár. 31.

El Secretario General tiene, además, determinadas **competencias políticas**, especialmente en el contexto de las "situaciones" que pueden afectar la paz y la seguridad internacionales, en virtud del artículo 99 de la Carta. El Secretario General tiene facultades precisas en cuanto a la solución de las controversias o de las situaciones internacionales, particularmente, cuando en su opinión un asunto "pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". La facultad del Secretario General, distintamente a lo que se pretendía en las Proposiciones de Dumbarton Oaks, discutidas en San Francisco, resulta discrecional. No se trata de un deber que le impone la Carta, si no de una facultad.

El Secretario General ha solicitado en diversas oportunidades al Consejo de Seguridad que actúe, para que examine una "situación" y adopte las medidas o recomendaciones necesarias para restablecer o mantener la paz y la seguridad internacionales. Así, a título de ejemplo, en el caso de Chipre (1974), el de la toma de rehenes (1979), de la guerra entre Irak e Irán (1980) y mas recientemente en relación con Libia y Siria, el Secretario General ha convocado el Consejo para que conozca la situación planteada, a veces invocando explícitamente el artículo 99, a veces sin referirse a este artículo.

El Secretario General puede invitar al Consejo a conocer una situación, como hemos visto; pero también tiene la facultad de actuar en relación con una situación determinada, a instancias del Consejo para proponer soluciones. Es el caso, por ejemplo, de la situación en República Dominicana, en mayo de 1965, en relación con la cual el Consejo adoptó las resoluciones 203 (14 de mayo de 1965) y 205 (22 de mayo de 1965), en la que además de solicitar la cesación del fuego, se pidió al Secretario General que enviase un Representante para que informase sobre la situación.

El Secretario General puede recibir también una solicitud del Consejo de Seguridad para que ejerza sus buenos oficios, ante una determinada situación. En la resolución 502 adoptada por el Consejo en relación con la situación en las Islas Malvinas (*Falkland Islands*), se insta a las partes a que se abstuvieran del uso o la amenaza de la fuerza en las islas y que cesaran las hostilidades. En la resolución 505 del Consejo de Seguridad, el Consejo pide a las partes que procuren hallar una solución

diplomática a sus diferencias y **al Secretario General que ejerza sus buenos oficios para que se cumpliera la resolución 502**.

Tal como lo referimos al examinar los buenos oficios como mecanismo de solución de controversias, el Secretario General ejerce sus **buenos oficios** en diversas controversias, de acuerdo a solicitud de las partes y para lo cual ha designado un representante. Es el caso de la controversia entre Venzuela y Guyana en relación con el territorio Esequibo, para lo cual ha designado un representante; también en relación con estado de las negociaciones en Chipre349, en el que las ha ejercido personalmente.

El Secretario General no solamente puede ejercer sus buenos oficios, sino que puede ejercer determinadas acciones en relación con la ayuda humanitaria en el caso de situaciones en las que, como en el caso de Libia, se presentan desplazamientos importantes de personas que requiere de la asistencia internacional. En la resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad se "exhorta a todos los Estados Miembros a que colaboren entre sí y cooperen con el Secretario General para facilitar y apoyar el regreso de los organismos humanitarios...." (art.26).

Las competencias explícitas e implícitas del Secretario General en virtud del artículo 99 se ven completadas por otras que complementan el conjunto de supuestos sobre los cuales ejerce sus funciones. Se trata de poderes que se derivan del "espíritu" del artículo 99. Entre estos poderes destacan todos los que se relacionan con la **diplomacia preventiva, el mantenimiento de la paz y la consolidación de la paz después de los conflictos**.

b. En el marco de los Acuerdos y órganos regionales

Distintamente a lo que se había acordado antes de la Conferencia de San Francisco que centraba el sistema de mantenimeinto de la paz en el Consejo de Seguridad, las **controversias de "carácter local**" tendrían que ser examinadas, en principio, por los medios regionales, en los que se "harán todos los esfuerzos posibles" para lograr su solución pacífica. La inclusión del "recurso a organismos o acuerdos regionales" a que se

349Ver Informe presentado al Consejo de Seguridad, doc. A/S/2012/149 .

refiere el artículo 33 de la Carta, agregado durante la Conferencia de San Francisco, remite al artículo 52 que se refiere únicamente al "mantenimiento de la paz" y a las "controversias" sin hacer mención a las "situaciones".

El artículo 52 de la Carta establece en alguna medida, la obligación de los Estados Miembros partes de un órgano o de un acuerdo regional de hacer "todos los esfuerzos posibles" para arreglar la controversia de que se trate en ese marco. El Consejo actuaría, de acuerdo con ese mismo artículo, de manera subsidiaria si la controversia no se resuelve. Sin embargo, la limitación al Consejo se diluye en el párrafo 4 del artículo 52 que prescribe que ese artículo "no afecta de manera alguna la aplicación de los artículos 34 y 35 de la Carta.

Ante una "situación" el Consejo puede aplicar los artículos 34, 35 y 39 y conocer el asunto, sin necesidad de remitirlo al órgano regional lo que no excluye que pueda ser tratado al mismo tiempo en ambos órganos. La "situación" de las Islas Malvinas (*Falkland Islands*) fue considerada tanto en el Consejo de Seguridad como en los órganos regionales, en particular en el Consejo Permanente de la OEA y en el mecanismo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). El Consejo de Seguridad adoptó las resoluciones 502 y 505. En el órgano del TIAR, se consideró la cuestión y se adoptó una resolución el 28 de mayo de 1982 en la que se condena el ataque británico y se solicita a los Estados Unidos que cese su asistencia militar al Reino Unido. En esa oportunidad se dejó la puerta abierta para una acción colectiva, aunque Estados Unidos, miembro permanente del Consejo de Seguridad, en donde se trataba el asunto al mismo tiempo, y otros Estados Partes: Colombia, Perú y Chile, consideraron que el TIAR era un Tratado defensivo y que la situación se había iniciado por la ocupación, por las fuerzas militares argentinas, de algunas de las Islas componentes de las Malvinas/Falklands.

III. MECANISMOS JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El **arbitraje** y el **arreglo judicial** son medios jurisdiccionales de solución de controversias internacionales cuyas conclusiones, adoptadas en el marco de procesos contradictorios, resultan vinculantes para las partes en la controversia; se trata de conclusiones distintas a las adoptadas por los órganos o medios no jurisdiccionales antes examinados que tienen el carácter de recomendación, a excepción, como vimos, de algún tipo de conciliación.

Ambos mecanismos **funcionan con base al consentimiento** o el acuerdo de las partes, expresado en un compromiso o tratado, sea general o particular; o mediante declaraciones unilaterales de aceptación de su jurisdicción. Lo importante, en todo caso, independientemente de su forma, es la expresión del consentimiento para someter una controversia a uno de ellos.

Los órganos arbitrales son por lo general no permanentes; mientras que los tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Tribunal Internacional del Mar (TIM), son instituciones permanentes. Sus estructuras y sus composiciones son igualmente diversas. Por lo general, los tribunales u órganos arbitrales se constituyen después que surge la controversia, aunque sus normas procesales podrían ser preestablecidas. Los tribunales internacionales, por el contrario, son constituídos, por lo general también, antes de que surja la controversia. Sus reglas procesales son igualmente preestablecidas, aunque las partes en la controversia pueden influenciar dichas reglas, como veremos más adelante, en cada caso.

Veamos primero, el arbitraje y las instituciones arbitrales; después los tribunales internacionales: la CPJI, la Corte de La Haya y el Tribunal del Mar. Después abordaremos el examen de mecanismos establecidos para conocer las controversias administrativas internacionales (TAOIT y Sistema de Naciones Unidas), las controversias comerciales internacionales (Organos de la OMC), las controversias no internacionales (El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a la Inversión, constituído dentro del Banco Mundial) y las

planteadas en el marco de la propiedad intelectual (Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI)..

A. El arbitraje internacional

1. Origen y evolución

La idea de someter a terceros la solución de los conflictos o los desacuerdos es muy antigua. En épocas remotas, en Grecia, en China, entre las tribuas árabes; mas tarde en la Edad Media, cuando el Papado ejercía una influencia muy importante en el mundo y luego, surgen esas modalidades que en el tiempo conforman la institucion del arbitraje. Pero, sera mucho más tarde, en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, conocido como Tratado Jay o Tratado de Londres de 1794, suscrito entre los Estados Unidos y Gran Bretaña para resolver las controversias que habían surgido tras la guerra de independencia que el arbitraje se instituye como mecanismo de solución de controversias, aunque entonces *ad hoc* y facultativo. Entre los asuntos pedientes entre Estados Unidos y el Reino Unido estaban la ocupación de algunos fuertes por los británicos en los Grandes Lagos; compensación por las mercancías y los navios confiscados durante la guerra; compsensacion por los esclavos hechos por los británicos durante ese periodo.

El Tratado Jay marca el inicio del arbitraje internacional en los términos en que se le conoce hoy. De allí surge la modalidad, en el siglo XIX, del envío de controversias a Comisiones mixtas de arbitraje, órganos constituidos paritariamente que aunque no serían verdaderos órganos arbitrales, en el sentido estricto del término, constituyen el primer esfuerzo hacia un órgano de esta naturaleza. Las Comisiones arbitrales creadas en virtud del Tratado Jay funcionaron hasta 1831.

La técnica utilizada en esa época era la del arbitraje diplomático. Desde un punto de vista orgánico se trataba de un árbitro único —un hombre político, frecuentemente un Jefe de Estado, no de un juez profesional— o de un órgano diplomático mixto. La decisión arbitral era una transacción, un compromiso más o menos equilibrado entre pretensiones opuestas, no un juicio de derecho. Los resultados de estas Comisiones fueron lo suficientemente positivos como para estimular a

otros Estados a utilizar este mismo mecanismo y se considerara su institucionalización, lo que ocurrirá años más tarde, en las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y de 1907.

En 1872, con el conocido caso *Alabama,* se inicia esa nueva etapa del arbitraje que, sin duda, conducirá a su institucionalización como medio de solución pacífica de controversias. Del mecanismo arbitral *ad hoc* pasamos al arbitraje institucionalizado, incluido en tratados y acuerdos internacionales. Mediante el Tratado de Washington de 1871, Estados Unidos y Gran Bretaña convinieron en someter a un Tribunal arbitral las reclamaciones que el primero planteó al segundo, por haber violado su neutralidad durante la guerra de secesión. Se trató en estos casos, de la constitución de un órgano colegiado integrado por un miembro designado por cada parte y otros tres designados por el Reyde Italia, el Presidente de la Confederación suiza y el Presidente del Brasil.

De acuerdo con el artículo 15 de la Convención de La Haya de 1899 "el arbitraje internacional tiene por objeto el arreglo de las controversias entre Estados por jueces de su elección y sobre la base del respeto del derecho". Esta definición recoge los rasgos generales del arbitraje que serán confirmados por la práctica ulterior: el **consentimiento de las partes para recurrir a él;** la **decisión se basa en el derecho**, aunque el árbitro puede fundar también su decisión en la **equidad; jueces elegidos por las partes** y **decisiones vinculantes** y **definitivas** que las partes deben cumplir de **buena fe.**

El arbitraje reposa, como todos los medios de solución pacífica, en el acuerdo de las partes expresado en acuerdos concretos o compromisos arbitrales o en acuerdos más amplios. El **consentimiento** para recurrir al arbitraje debe ser, además, claro, como lo precisó la Corte en el Caso *Ambatielos* que conoce la Corte con base en una demanda de Grecia en contra del Reino Unido, en representación de uno de sus nacionales, para que el tribunal decidiese que la reclamación presentada por el señor Ambatielos contra el Reino Unido debía ser sometida a arbitraje, de conformidad con los Tratados suscritos entre ambos países en 1886 y 1926. Distintamente al Caso *Mavromatis*, la Corte no debía pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sino sobre la obligación de recurrir al arbitraje basándose en los tratados suscritos entre los dos países. La Corte se declaró competente, en decisión del 1º de julio de 1952 y más tarde, el

19 de mayo de 1953, decidió que el Reino Unido tenía la obligación de someter la cuestión a arbitraje, según el Tratado de 1926[350].

La práctica internacional del siglo XIX y de comienzos del XX, muestra su utilización e incluso utilidad como mecanismo jurisdiccional, representado por un Jefe de Estado o una personalidad de relevancia y reconocimiento internacional, como serían los arbitrajes confiados a los Presidentes franceses McMahon (1875), Grévy (1883) y Loubet (1900); el Zarde Rusia Alejandro II (1891); el Rey de Italia Victor Manuel III (1904); el Presidente de los Estados Unidos Coolidge (1925).

Los países latinoamericanos recurrieron también al arbitraje a finales del siglo XIX y a comienzos del XX. En el caso de Venezuela, en particular, se observa la remisión de algunos asuntos a Comisiones arbitrales que consideraron reclamaciones planteadas a Venezuela en los casos *Boffolo*, *Olivia y Martini*, con Italia, resueltos en 1903 y 1904; *Torrey* y *Undertill,* con los Estados Unidos en 1903, y el de los *Herederos de Jules Brunn*, con Francia, en 1905.

Algunos arbitrajes interestadales los cuales fue parte Venezuela enriquecen el estudio del arbitraje internacional. En primer lugar, recordamos el laudo arbitral español de 1865, mediante el cual se otorga la soberanía a Venezuela sobre Isla de Aves. Antes, en 1860, ante las pretensiones de los Paises Bajos, los dos Gobiernos decidieron someter al arbitraje de la Reina Isabel II de Espana, la sobernaia sobre Isla de Aves. Al decir de Gross Espiel Gros Espiell, citado por Luz Coromoto Valersa Manrique, en su trabajo "Isla de Aves y el laudo arbitral de 1865, entre el derecho y la fuerza", el laudo dictado por Isabel II sentó un precedente como sentencia limítrofe razonable, que abrió camino a la buena doctrina.Considera que es un fallo sustentado cabalmente en hechos jurídicos documentados, sin ingerencias externas ni errores u omisiones, como lamentablemente sucedió en el caso del laudo de 1891, por el que resultó muy perjudicada la posición venezolana en la delimitación de sus fronteras con Colombia. (GROSS ESPIELL, Espana y la solución pacifica e los conflictos limítrofes en hispano-america, pp:47-66, Civitas, Madrid, 1984.

---

350 CIJ, Rec. 1953, p. 19.

Mas tarde, el laudo arbitral de la Reina Cristina de Espana, en relacion con la delimitación con Colombia desde Castilletes, en la Goajira. En este caso recordamos que la cuestión se planteo a un arbitro para la delimitacion y luego, debido a las dificultades para la ejecución del laudo, las partes, Venezuela y Colombia, iniciaron negociaciones que no tuvieron éxito por lo cual las partes decidieron firmar anos mas tarde un acuerdo para reglamentar la ejecucion del laudo de 1891. Se crearon entonces Comisiones Mixtas para la demarcacion de la frontera, es decir, para la ejecución del laudo arbitral. La demarcación sera sometida al arbitraje del Consejo Federal suizo que dicta el laudo arbitral, en 1922.

Muy importante también por sus consecuencias, recordamos el laudo arbitral de Paris de 1899, relacionado con la delimitación al este de Venezuela, con el Reino Unido, con la Guayana Esequiba, decisión que ha generado una controversia en relación con su validez y sus efectos, particularmente por la forma en que fue adoptada y las atribuciones ejercidas por el Tribunal arbitral constituido entonces. De igual manera, Comisiones arbitrales

En el ámbito regional se recuerda también la Sentencia arbitral del Rey de España del 23 de noviembre de 1906, sobre la determinación de la frontera entre Honduras y Nicaragua, objeto mas tarde de una controversia llevada ante la Corte Internacional de Justicia, en relación con la cual se adoptó la Decisión del 18 de noviembre de 1960. Nicaragua cuestionó y pidió a la Corte que declarase que el laudo no era obligatorio y que en todo caso era imposible de ejecutar. La CIJ concluyó entonces que el laudo era válido, jurídicamente vinculante y que Nicaragua estaba obligada a ejecutarlo.

Los Estados han recurrido con alguna frecuencia en los últimos tiempos al arbitraje n o institucional o independiente para resolver sus controversias, especialmente, en relación con cuestiones territoriales. Destacan el arbitraje para delimitar la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido (1997 y 1978); el arbitraje en relación con el Canal de Beagle, entre Argentina y el Reino Unido (1977); la delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal (1989), entre otros.

En el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), como veremos, se prevé dentro de los mecanismos de solución de controversias, el arbitraje en diversas modalidades, lo que abordaremos en su oportunidad (Capítulo VII).

El arbitraje es un mecanismo al que no solamente recurren los Estados. Las organizaciones internacionales tienen capacidad para recurrir a los órganos o tribunales arbitrales si se prevén sus textos constitutivos. También los particulares (personas naturales o jurídicas) pueden recurrir al arbitraje, en determinadas condiciones. Los arbitrajes comerciales internacionales han cobrado importancia considerable enlos últimos años, como se verá cuando se examinen estos mecanismos en el contexto de las relaciones comerciales y de la protección de inversiones extranjeras (Capítulo X). La Convención de Washington del 18 de marzo de 1965, adoptada bajo los auspicios del Banco Mundial antes citada, crea el Centro Internacional para la Solución de Controversias relativas a las inversiones (CIRDI), órgano que ha tenido una actividad importante en los últimos años.

En la actualidad el CIRDI, sus tribunales arbitrales, conoce 121 asuntos, de los cuales 23 han sido presentados el 2010, entre ellos los mas recientes, el de la *Omer Dede y Serdar Elhuseyni contra la Agencia de privatizaciones del gobierno de Rumania* (Caso ARB/10/22), relacionado con material agrícola y equipos; y el asunto que opone a la *TECO Guatemala holding LLC a la República de Guatemala* (Caso ARB/10/23).

Igualmente importante en este contexto, como veremos también más adelante, los tribunales arbitrales creados por la Corte Internacional de Arbitraje constituida por la Cámara de Comercio Internacional de Paris (ICC). Así, como los órganos arbitrales creados en el marco de organizaciones internacionales, con competencias específicas, como la Organzaición Mundial de la Propiedad Intelctual (OMPI) en cuyo seno funciona el Centro de Mediación y Arbitraje.

Debemos destacar la importante de una visión de conjunto que debe darse a la labor de estas instituciones, lo que facilita la formación de normas y principios de Derecho Internacional aplicables a las conrtovresias internacionales en general e incluso, de carácter general.

Nos referimos en esta parte, de manera exclusiva, al arbitraje interestadal, dejando para capítulos ulteriores, otros mecanismos arbiytrales en los que participan entidades distintas al Estado.

2. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA)

La importancia del arbitraje es confirmada en la I Conferencia de La Haya de 1899 cuando se crea la **Corte Permanente de Arbitraje** (CPA), un órgano permanente que fortalecerá la justicia internacional aunque, como veremos, más que un tribunal en el sentido estricto del término, es un esquema de solución de controversias con reglas preestablecidas, tanto en relación con su estructura, como con su funcionamiento. En la Convención que se adopta al término de la Conferencia se prevé la creación de una institución permanente que permita constituir tribunales y facilite su funcionamiento. Las normas aplicables al procedimiento arbitral fueron mejoradas en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907.

En la I Convención de La Haya de 1907 se señala en el artículo 38 que:

> "...el arbitraje es reconocido como el medio mas eficaz y al mismo tiempo, el mas equitativo, para solucionar las controversias que no son resueltas por la vía diplomática".

La CPA se creó con el fin de facilitar el recurso inmediato al arbitraje para la solución de las controversias internacionales. Las Potencias signatarias se comprometieron a "organizar una Corte de Arbitraje, accesible en cualquier momento y que funcione, salvo estipulaciones en contrario de las Partes, conforme a las reglas de procedimiento insertas en la presente Convención".

La Corte Permanente, más que un órgano jurisdiccional, como se dijo antes, en el sentido estricto del concepto, es un **esquema de soluciónde controversias** que funciona sobre la base de la referida lista de árbitros, de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en los artículos 51 y siguientes de la Convención de

LaHaya. Es más una manera de facilitar la creación de tribunales *ad hoc* que una Corte y mucho menos una Corte Permanente[351].

La CPA tiene una Secretaría Permanente que funciona en La Haya y centraliza las relaciones entre las Partes. Ejerce, a la vez, las funciones administrativas propias de la Secretaría de un tribunal. Los Estados designan los árbitros que conforman la lista de árbitros de la Corte, a la que pueden recurrir los Estados Partes para solucionar una controversia. Cada Estado Parte designa cuatro personas como máximo, de reconocida competencia en Derecho Internacional, de la más alta calificación moral y dispuestas a aceptar las funciones de árbitro, según lo establece el artículo 41 de la Convención de La Haya de 1907.

Los Grupos nacionales de árbitros que conforman la lista general de la Corte, constituidos en virtud de la Convención de 1907, desempeñan una función importante, al menos desde el punto de vista formal, en el proceso de elección de los Miembros (jueces permanentes) de la Corte Internacional de Justicia. Este mecanismo es utilizado inclusive por los Estados que no son Miembros de la CPA, en el momento de seleccionar sus candidatos para jueces de la CIJ.

La CPA se instaló en La Haya en 1913, conociendo desde entonces casos de interés relevante para el estudio del Derecho Internacional entre los cuales destacan los relativos a la soberanía de la Isla de Palmas (1928), entre Estados Unidos y Países Bajos (arbitraje de M.Huber); a los bienes británicos en Marruecos Español (1925); Chevreau, entre Francia y el Reino Unido (1931); pesca en el Atlántico Norte, entre Reino Unido y Estados Unidos (1910). Países en desarrollo como Perú, Turquía y México también han recurrido a este esquema arbitral. Perú en el caso Canevaro, con Italia (1912); Turquía con Rusia, en el caso de indemnizaciones rusas (1912) y México con Estados Unidos, en el caso de los fondos californianos (1902).

Venezuela también recurrió al esquema previsto en la Corte Permanente cuando sometió al Tribunal las reclamaciones planteadas por los Estados Unidos, en relación con las *Compañías Orinoco Steamship Co,* la *Orinoco Corporation* y la *United States and Venezuela Company*

---

[351] SORENSEN, M. Cit. Hudson. Derecho Internacional Publico, Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 637.

(*Reclamación Crichfield*). Antes, en 1903, la Corte había conocido el asunto relativo al *derecho de preferencias reclamado por las potencias en el bloqueo a Venezuela,* en relación con el cual la Corte decidió que "Alemania, Gran Bretaña e Italia tenían el derecho a un tratamiento preferencial para el pago de sus reclamaciones contra Venezuela".

La CPA conocía inicialmente sólo controversias entre Estados. Hoy, después de la última modificación de su Estatuto, puede conocer controversias mixtas, entre privados y Estados e incluso, entre organizaciones internacionales. La Corte conoció, entre otros, el Caso de la *Chemtura Corporation* contra el gobierno de Canadá (2010), *Romak S.A* contrala República de Uzbekistán (2009). Las *Comisiones de Reclamaciones entre Eritrea y Etiopía* (2009). Hoy conoce varios asuntos entre los cuales el de *Bilcon of Delaware* et al. contra el gobierno de Canadá, demanda del 30 de enero de 2009. La última decisión fue adoptada el 22 de julio de 2009, en relación con el caso entre el gobierno de Sudán y el Movimiento armado popular de liberación de Sudán sobre *la delimitación de la zona de Abyei*.

Hoy, examina dos Casos relacionados con países de la región. El primero, entre Ecuador, demandante; y Estados Unidos. El 28 de junio de 2011 la República del Ecuador inició un procedimiento arbitral con relación a la *interpretación y aplicación del artículo II(7) del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, de 27 de agosto de 1993* (TBI Ecuador-EEUU), de conformidad con el artículo VII del TBI Ecuador-EEUU. La Corte Permanente de Arbitraje actúa como Secretaría en este procedimiento. Y, el Caso entre Estados Unidos, demandante; y, Bolivia: *Guaracachi América Inc.,* (Estados Unidos) y 2. ***Rurelec plc*** (Reino Unido). La CPA ofrece en este caso apoyo administrativo que se desarrolla en base al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 y de conformidad con el Tratado entre el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Bolivia relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión y el Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del

Norte y el Gobierno de la República de Bolivia sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital.352

La CPA guarda relación institucional con otros órganos, mediante Convenciones o Acuerdos internacionales, como es el caso de la **Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,** de 1982, instrumento que regula, principalmente, la utilización de los mares y océanos, especialmente con miras a conservar y utilizar equitativamente los recursos marinos, así como la preservación de recursos biológicos marinos.

3. El arbitraje después de 1914: características

Después de 1914 quedaron diseñadas las principales líneas del arbitraje. Entre otros principios se acepta que si en el curso del procedimiento surgía una controversia en relación con la jurisdicción, ello debía ser resuelto por el mismo órgano y no reenviado a medios diplomáticos, para su solución. Se establece así, el **principio de la competencia del tribunal arbitral para determinar su competencia**, principio aplicable a la jurisdicción internacional, en general. De la misma manera, queda establecido desde entonces que las reglas aplicables a un proceso son válidas para el proceso arbitral. Así, los principios relativos a la **igualdad de las partes, al derecho a ser oídas en igualdad de condiciones y a la independencia de los árbitros**. Las **decisiones** de las comisiones arbitrales serán **definitivas y vinculantes** y **las partes deberán aceptarlas y ejecutarlas de buena fe.**

4. Arbitraje obligatorio y arbitraje facultativo

El arbitraje se funda, como dijimos antes, en el consentimiento de las partes, lo que confirma la jurisprudencia internacional[353]. Ese consentimiento es expresado mediante un acuerdo que toma la forma de **compromiso arbitral**, **cláusula compromisoria** o de **tratado de arbitraje permanente**. Al arbitraje se puede recurrir en virtud de un tratado anterior a la controversia, en el que las partes se comprometen a someter asuntos determinados en el mismo, de acuerdo con las reglas procesales

352Ver Información oficial de la CPA.

353 CPJI. Serie B, No. 5, 27. y CIJ, Rec. 1953, p. 19.

que por lo general se incluyen en estos textos. Estos tratados o compromisos arbitrales pueden ser bilaterales o multilaterales.

El compromiso arbitral se concluye, por lo general, **después de agotadas las negociaciones,** en relación con una determinada controversia, como se señala en el Caso de la *Delimitación de la frontera marítima* entre Senegal y Guinea Bissau, en el que las partes "reconocen que no pudieron resolver por la vía de la negociación diplomática la controversia relativa a la determinación de su frontera marítima".

En el compromiso arbitral se establece la constitución del Tribunal u órgano arbitral, las reglas de procedimiento, la cuestión precisa que se plantea, el carácter de la decisión, entre otros aspectos. Así, por ejemplo, en el Caso citado entre Senegal y Guinea Bissau, ambas partes concluyeron un acuerdo de compromiso de arbitraje (*Accord de compromis d'arbitrage*), el 12 de marzo de 1985 en el que se fijan las reglas de procedimiento, se determina su estructura y se precisa la cuestión objeto de la controversia. En el Caso del *Canal de Beagle,* los Presidentes de Chile (Salvador Allende) y de Argentina (A. Lanusse) suscribieron, el 22 de julio de 1971, en Salta (Argentina) el Compromiso Arbitral para someter la controversia al arbitraje del Reino Unido con la condición de que fuera un tribunal arbitral compuesto por cinco expertos internacionales, nombrados por Chile y Argentina.

Las negociaciones para acordar someter una controversia al arbitraje son por lo general difíciles. En el caso del arbitraje sobre el territorio Esequibo, entre Venezuela y el Reino Unido, ellas fueron tensas y complejas, durante anos. Desde 1819, recordamos, Venezuela presenta actos de protesta ante el Gobierno ingles, por la penetración de colonos en el territorio nacional que le pertenecía, como parte de la Capitania General de Venezuela, en 1810. Desde 1843, Venezuela planteo sin exito la necesidad de un tratado de limites, hasta que en 1886 tras alteraciones en base a mapas elaborados unilateralmente en Londres, el Reino Unido propone una delimtacion que Venezuela no acepto, por cuanto vulneraba el territorio nacional. Mas tarde, en 1886, Gran Bretana presenta nuevas bases para las negociaciones que resultaron inaceptabs entonces para el Gobierno venezolano. En este proceso, Venezuela rompe relaciones con Gran Bretana, en 1887, por la incursión de colonos ingleses en territorio venezolano y las agresiones al

país. Las posibilidades de arbitraje eran pocas, por lo que Venezuela solicita la mediación de algunos países de la region, para acercar las posiciones sobre los puntos del arbitraje. Finalmente, después de anos de tssniones y presiones, se suscribe un Acuerdo de Arbitraje que conducirá al laudo de 1899, cuestionado hoy por Venezuela que ha solicitado su nulidad, asunto que hoy opone a Venezuela y Guyana, antigua colonia británica; en manos hoy de los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas, como vimos antes.

También se puede recurrir al arbitraje mediante un **acuerdo o tratado general bilateral** que conocería controversias no planteadas para el momento de su conclusión, lo que es menos usual. Así, por ejemplo, el tratado bilateral suscrito entre Colombia y Venezuela en 1939: Tratado de no agresión, conciliación, arbitraje y arreglo judicial, por el que las partes se obligan a no recurrir a la guerra como medio de solución de controversias y a recurrir a los medios descritos en el mismo.

Los Estados suscriben también, **Tratados generales de arbitraje en el ámbito multilateral**, como por ejemplo, en la región americana, el Tratado General de Arbitraje Interamericano, del 5 de enero de 1929, en el que los Estados "se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias de carácter internacional que hayan surgido o surgieren entre ellas con motivo de la reclamación de un derecho formulada por una contra otra en virtuddeuntratadooporotracausa,quenohaya sido posible ajustar por la vía diplomática y que sea de naturaleza jurídica por ser susceptible de decisión mediante la aplicación de los principios del derecho"(Art.I).

En este Tratado se establece el compromiso previo al recurso, dejándose a las partes la constitución del tribunal, la determinación precisa de la materia objeto del arbitraje.

En el ámbito multilateral universal se observa la inclusión del arbitraje como medio de solución de controversias, en numerosos textos, entre ellos algunos constitutivos de organismos internacionales, como el Acuerdo Constitutivo del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), en el que se incluye la norma de arbitraje, aunque los Estados pueden hacer reservas; y, un Anexo en relación con la estructura y el funcionamiento del órgano arbitral.

5. El órgano arbitral: estructura y funcionamiento

Por lo general, como dijimos antes, las partes en una controversia escogen los árbitros, una característica que le diferencia de los medios permanentes de solución de controversias, como el arreglo judicial, la CIJ en particular, en los cuales los jueces son escogidos con anterioridad a que tenga lugar o surja la controversia. Por lo general cada una de las partes nombra un árbitro de su nacionalidad, dejando a esos dos o cuatro si fuere el caso (paritario) la decisión de escoger un tercero que, también generalmente, sería el presidente del órgano.

El arbitraje puede ser ejercido por un árbitro único, por un tribunal o por una comisión arbitral. En el compromiso suscrito entre Guinea-Bissau y Senegal, en 1985, se establece la **composición** del tribunal y se precisa en el mismo que cada parte nombrará un árbitro de su elección y los dos, en consulta con las Partes, un tercero, de nacionalidad distinta a la de las Partes, que actuará de Presidente (Art. 1). Las partes nombraron dos árbitros, los señores Bedjaoui y Gross, y un presidente, el señor Barberis. En el Caso de *Laguna del Desierto,* resuelto por Decisión del 21 de octubre de 1994, entre Chile y Argentina, relacionada con la zona entre el hito 62 en la ribera sur del lago de O'Higgins y el monte Fitz Roy, en el que se encuentra la Laguna del Desierto, el tribunal fue constituido en Río de Janeiro, por varios juristas de distinta nacionalidad: Rafael Nieto Navia (Colombia), presidente; Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador); Pedro Nikken (Venezuela); Julio Barberis (Argentina) y Santiago Benadava (Chile).

Las partes fijan también, usualmente en el compromiso arbitral, la sede del tribunal. En el caso del Tribunal constituido entre Guinea-Bissau y Senegal, antes referido, las partes decidieron que "el Tribunal tendría su sede en Suiza" (Art. 3).

El órgano arbitral funciona en base a las reglas que las partes y el mismo órgano arbitral establezcan, como veremos enseguida.

6. El procedimiento arbitral

Al igual que en los procesos judiciales, el tribunal u órgano arbitral establece su procedimiento. La diferencia radica en que en el caso del procedimiento judicial, el desenvolvimiento del procedimiento,

así como los jueces que tomarán parte en el mismo están prefijados. En el caso del arbitraje, lo más habitual es que, una vez determinado el recurso a este mecanismo para solventar la controversia, se fijen la forma y los lapsos para presentar sus alegatos, a la vez que se establecen las fases del procedimiento. En el caso del tribunal arbitral constituido por Guinea-Bissau y Senegal, por ejemplo, se fijan las reglas procesales y los mecanismos de adopción de decisiones y la mayoría (Art. 4), así como la designación de Agentes y coagentes de las partes (Art. 5).

En la Convención de La Haya de 1907 se recogen algunas reglas que suelen servir de base a las acordadas por los Estados en la práctica, respecto al funcionamiento de un órgano arbitral. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas adoptó, en 1958, el **Modelo de Reglas sobre procedimiento arbitral,** texto que si bien no ha sido utilizado con la frecuencia debida, por los Estados, por considerarse muy restrictivo, no puede ser desestimado en su totalidad en el momento de establecerse las reglas arbitrales.

Las partes en la controversia presentan dentro del proceso contradictorio, una Memoria y la Contramermoria, asi como, si fuere el caso, Dúplica y Réplica.

En el Caso de *Laguna del Desierto* antes referido, ambas Partes presentaron sus alegatos, en una Memoria y en una Contramemoria, las que en resumen se presentan enseguida, dada la importancia del Caso. Argentina sostenía en ambos que Chile pretendía un límite más al este del que había reclamado al someterse al arbitraje de 1898 (la divisoria continental de aguas) y por lo tanto el laudo de 1902 no podría haberle adjudicado más de lo que había pedido (*non ultra petita partium*). Una cuenca atlántica (la del río de las Vueltas) no podía adjudicársele sin cometer un exceso de poder viciado de nulidad, el límite se había fijado entre las pretensiones extremas de cada parte hidrográfico/orográfico. Chile, por su parte, sostuvo en su memoria una línea que cortaba dos cursos de agua que iban hacia el Atlántico. En su contramemoria, Chile sostuvo que sus pretensiones de máxima en 1898 eran las líneas trazadas en los mapas, que en la zona estaba más al este. Ya que no se conocía entonces la divisoria de aguas en la zona, lo único que importaba era lo dibujado en los mapas y no debía interpretarse de acuerdo a los conocimientos geográficos actuales.

Por otra parte, en relación con la línea divisoria de las aguas, para Argentina se trataba de una línea continua entre dos puntos determinados que, sin cruzar ríos ni lagos, separa en cada uno de sus puntos cuencas fluviales, considerando que lo esencial era que dividiera aguas entre los dos puntos. Para Chile la divisoria local separa aguas que van hacia un mismo océano.

7. Las decisiones arbitrales

La Decisión arbitral debe responder a lo planteado por las partes en la controversia. En el compromiso arbitral, por lo general, éstas precisan la cuestión sobre la o las cuales el tribunal debe pronunciarse. En el caso que enfrentó a Guinea Bissau y Senegal (Art.2) las Partes solicitaron al Tribunal arbitral que decidiese conforme al Derecho Internacional sobre las siguientes cuestiones: El Acuerdo concluido por un Intercambio de Notas, el 26 de abril de 1960, y relativo a la frontera marítima, ¿es jurídicamente válido en las relaciones entre Guinea Bissau y Senegal? En caso de una respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿cuál sería el trazado de la línea que delimita los territorios marítimos que pertenecen respectivamente a la Repúblicade GuineaBissau y a la República de Senegal?

Las decisiones arbitrales son, por lo general, adoptadas por la **mayoría** de los árbitros, tal como se recoge en distintos textos, entre ellos, en el Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, antes citado, pudiendo los mismos, como se refleja en la práctica, anexar declaraciones u opiniones individuales. Además, la sentencia arbitral debe ser motivada, regla general aplicable a las decisiones jurisdiccionales en general.

Las Decisiones arbitrales contienen una **parte inicial expositiva** en la que se refieren los hechos, la motivación y la parte dispositiva. Así, por ejemplo, en el Caso de la *Delimitación de la frontera marítima* entre Guinea-Bissau y Senegal, las partes acuerdan en el compromiso de 1985 referido que una vez concluido el procedimiento, el tribunal deberá informar a los Gobiernos de la decisión adoptada. Y se precisa, además, que esa Decisión debe comprender "el trazado de la línea fronteriza en un mapa". La Decisión, se agrega en el artículo 9-3 del compromiso "será completamente motivada".

En el Caso de la *Laguna del Desierto* antes citado, el Tribunal constituído entre las partes decide, "por las razones expuestas" y "por tres votos contra dos" que:

1) El recorrido de la traza del límite, entre las Repúblicas de Argentina y de Chile, entre el hito 62 y el monte Fitz Roy de la 3° región, a que se refiere el Laudo de S.M. Eduardo VII definida en el número 18 del Informe del Tribunal Arbitral de 1902 y descrita en el párrafo final del N° 22 del citado informe, es la divisoria local de aguas identificada en el parágrafo 151 de la presente sentencia. 2) El recorrido de la traza aquí decidido será demarcado y esta sentencia ejecutada antes del 15 de febrero de 1995 por el señor perito geógrafo del Tribunal con el apoyo de la Comisión Mixta de Límites. El señor perito geógrafo indicará los lugares en donde se erigirán los hitos y adoptará las medidas relativas a la demarcación. Terminada la demarcación, el señor perito presentará al Tribunal un informe de su trabajo y una carta geográfica donde aparezca el recorrido de la traza del límite decidido en esta sentencia. A favor los señores Nieto Navia, Barberis y Nikken; en contra los señores Galindo Pohl y Benadava.

Las decisiones arbitrales, al igual que las sentencias o fallos producidos por un órgano judicial, son **obligatorias** para las partes, asimilándose incluso a la aplicación de la regla *pacta sunt servanda,* aplicable en el contexto del derecho de los tratados. En el compromiso arbitral, por lo general, las partes reiteran el valor de las decisiones arbitrales, como por ejemplo, en el compromiso arbitral suscrito entre Guinea-Bissau y Senegal, antes referido, establece en el artículo 10 que "la sentencia será definitiva y obligatoria para los Estados que están obligados a adoptar todas las medidas para su ejecución".

Los Estados están obligados a aceptar el laudo arbitral y a ejecutarlo de **buena fe** y de manera inmediata, a menos que el mismo tribunal fije términos o condiciones para su ejecución. Si bien no existe una obligación clara en cuanto a la ejecución de la decisión por las partes, en la práctica las decisiones arbitrales han sido respetadas y ejecutadas por las mismas, dentro de un tiempo prudencial.

Las decisiones arbitrales tienen el carácter de **cosa juzgada**. Sin embargo, si bien no hay un recurso de apelación, a igual que las

decisiones de la CIJ, las mismas pueden ser objeto de una interpretación, como sería el caso de la sentencia arbitral antes citada de 1977, en la controversia sobre la delimitación de la *Plataforma continental entre Francia y el Reino Unido*, que sería objeto de una decisión ulterior de interpretación el 14 de marzo de 1978.

Las sentencias arbitrales pueden ser también objeto de una **revisión**, si se descubre después de pronunciada algún hecho nuevo o un error de hecho de tal naturaleza que pueda ejercer una influencia definitiva en la sentencia o laudo y se solicita dentro de términos razonables, generalmente precisados en el compromiso o acuerdo arbitral. Desde luego, ese hecho tendría que haber sido desconocido por el tribunal y por la parte que pide la revisión.

Las **causas de nulidad** de una decisión arbitral serían las comunes a estos actos: exceso de poder del tribunal u órgano, corrupción de uno de sus miembros, falta de motivación de la sentencia o la nulidad del acuerdo o compromiso arbitral. La nulidad de una sentencia arbitral fue planteada por Guinea Bissau, en el caso de la sentencia del 31 de julio de 1989, antes citada, por considerar que había contradicciones e inconsistencias que la hacían nula.

8. La ejecución de las decisiones arbitrales y otros medios de solución de controversias

La adopción de una Decisión arbitral no resuelve, en todos los casos, la controversia planteada. Pueden surgir problemas en cuanto a la interpretación o la revisión de la misma, e incluso acerca de su nulidad. En estos casos, surgen otros mecanismos, generalmente acordados por las partes, la **mediación** o el **recurso a la Corte Internacional de Justicia.**

Una decisión arbitral, su ejecución o su interpretación, puede ser en efecto conocida después, por un órgano jurisdiccional como sería el Caso de la *Sentencia del 31 de julio de 1989*, asunto planteado ante la CIJ en el que Guinea Bissau solicitaba a la Corte decidir que el laudo del 31 de julio de 1989 era inexistente, que subsidiariamente era nulo y no tenía ningún valor y que Senegal no podía exigir su cumplimiento. Ese tribunal arbitral había considerado válido el acuerdo suscrito entre Francia y Portugal, de 1960. La Corte concluyó que el laudo era válido y

vinculante para ambos Estados, por lo que tenían la obligación de aplicarlo.

En el caso del *Canal de Beagle*, tras la controversia planteada entre las partes, en relación con la ejecución del fallo, éstas aceptaron recurrir a la **mediación** de la Santa Sede, con base en el Acuerdo de Montevideo del 8 de enero de 1979. Los gobiernos de los dos países se comprometieron a no hacer uso de la fuerza. Chile había aceptado el fallo e incluso lo había incorporado a su orden jurídico interno, mientras que Argentina lo declaraba nulo. El 12 de diciembre de 1980 Juan Pablo II dio a conocer su propuesta como mediador.

Más tarde, ante la no solución definitiva de la controversia, los dos países suscribieron el Tratado de Paz y Amistad, de 1984 por el que se resolverían las diferencias limítrofes al sur de la isla Grande de Tierra del Fuego. El tratado incluye la delimitación marítima, un procedimiento para la solución de controversias, estipula derechos de navegación y precisa los límites en el estrecho de Magallanes. Chile obtuvo el reconocimiento por parte de la Argentina de la soberanía chilena sobre todas las islas al sur de la isla Grande de Tierra del Fuego, excepto las argentinas al lado norte del canal, a cambio de la renuncia por parte de Chile a la mayor parte de los derechos marinos que tales islas otorgan según el derecho internacional. Argentina renunció a sus aspiraciones en el estrecho de Magallanes.

Recordamos también el caso de la Reclamacion de Venezuela en el territorio esequibo en el cual hay un laudo arbitral que Venezuela ha considerado nulo e irrito y el establecimiento de un mecanismo ulterior, los beunos oficios, ejercidos por un Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, para que examine con las partes la controversia planteada.

B. El arreglo judicial: La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

El arreglo judicial conduce necesariamente al examen de la Corte Internacional de Justicia, expresión de la justicia en el ámbito internacional universal, sin desconocer la importancia de los otros tribunales internacionales que conocen diversos tipos de controversias.

La CIJ es el órgano judicial de las Naciones Unidas (Art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas), aunque algunos otros tribunales han sido creados, con competencias específicas, por el Consejo de Seguridad. El Estatuto de la CIJ, como veremos, forma parte integrante de la Carta y los Estados Miembros son partes *ipso facto* del mismo.

Los tribunales permanentes, en especial la Corte Permanente y la nueva Corte, no han sido siempre y en todos los casos, aceptados de la misma manera, por los Estados. En algunos momentos se ha dudado de su efectividad, de su transparencia, apreciación que ciertamente ha evolucionado a favor de su reconocimiento hoy por todos los Estados como instancias válidas para solucionar las controversias, a los que se unen otros órganos con igual importancia, como el Tribunal Internacional del Mar, al cual nos referiremos más adelante.

En efecto, a pesar de la resistencia inicial hacia los medios jurisdiccionales, los Estados se muestran hoy mas confiados, lo que queda evidenciado en el funcionamiento cada vez mas importante de los tribunales y otros órganos jurisdiccionales y arbitrales internacionales. Es cierto que durante décadas los Estados no confiaban plenamente en el recurso obligatorio a los medios de solución de controversias. En la mayoría de los instrumentos y textos acordados hasta finales de los años 80 los países en desarrollo, principalmente; y los socialistas de la órbita soviética insistían en la no inclusión de cláusulas de recurso obligatorio, especialmente en relación a la Corte Internacional de Justicia y a los tribunales u órganos arbitrales. Algunos occidentales rechazaron en algunos momentos la jurisdicción de la Corte: Francia, en el Caso de los *Ensayos Nucleares* y Estados Unidos, en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*.

Tras los cambios políticos que dieron lugar a la disolución de la Unión Soviética surge una tendencia favorable a considerar el **recurso obligatorio a los medios jurisdiccionales,** aunque no con el mismo tenor en todos los casos; una tendencia que se refleja en diversos tratados, entre los cuales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982, en la que se establece en su artículo 286 que "... con sujeción a lo dispuesto en la Sección 3, toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención, cuando no haya sido resuelta por aplicación de la sección 1,

se someterá, **a petición de cualquiera de las partes en la controversia**, a la corte o tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto en esta sección" (subrayado nuestro), aunque ese recurso encuentra ciertas limitaciones en los artículos 297 (Limitaciones a la aplicabilidad de la sección 2) y 298 (Excepciones facultativas a la aplicabilidad de la sección 2).

Más adelante se confirma esta tendencia en otros instrumentos internacionales, entre los cuales, en el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, en el que se reafirma, en su artículo 30, el principio de la Convención de 1982 sobre el procedimiento de solución de controversias ampliándolo "a toda controversia entre los Estados Partes en el presente Acuerdo relativa a la interpretación o aplicación de un acuerdo subregional, regional o mundial de ordenación pesquera sobre poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorios en que participen, incluidas las controversias relativas a la conservación y ordenación de esas poblaciones, independientemente de que dichos Estados sean o no Partes en la Convención".

Nos referimos brevemente a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), órgano que precede la creación de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la cual examinaremos con mayor detenimiento más adelante.

1. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)

La CPJI, distintamente a la CIJ, no constituyó un órgano de la Sociedad de Naciones, circunstancia ésta que incidió en su desarrollo. El 13 de enero de 1920, tras intensas negociaciones de expertos a diversos niveles y en ocasiones diferentes, se creó, por resolución de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, la Corte PermanentedeJusticiaInternacional,Tribunal queejerceríaunafunciónmuyimportantehastaelcomienzo de la Segunda Guerra Mundial. Y ello pese a los inconvenientes políticos de la época y a las deficiencias propias del orden jurídico internacional de entonces. El

Protocolo relativo a la creación del Tribunal entraría en vigor en 1921. Durante este período la CPIJ adoptó 31 Decisiones y 27 Opiniones Consultivas, en las cuales se reflejan las opiniones y los criterios de un cuerpo de magistrados del más alto nivel académico y que constituyen hoy referencias fundamentales del Derecho Internacional, base, en gran medida, de la jurisprudencia del actual Tribunal.

En 1939 la CPJI tuvo que trasladarse a Ginebra debido al inicio de las hostilidades, lo que pese a haber incidido en su funcionamiento, no conllevó su desaparición. Desde el punto de vista jurídico su existencia no fue afectada por la guerra, ya que la Corte Permanente existirá hasta 1946, cuando es sustituida formalmente por la nueva Corte Internacional de Justicia.

2. La Corte Internacional de Justicia

Durante la Segunda Guerra Mundial, los representantes de las potencias aliadas consultaron entre sí la posibilidad de crear un Tribunal internacional permanente, sobre la base de la experiencia de la CPJI pero, esta vez, como órgano principal de las Naciones Unidas. Por iniciativa del gobierno británico se reunió en Londres, en 1943, un Grupo de Expertos que consideraría el tema del establecimiento de una nueva Corte. Un año antes el Comité Jurídico Interamericano (CJI) había presentado un Informe sobre la materia, recomendando la extensión de la jurisdicción de la Corte Permanente.

Durante la **Conferencia de Dumbarton Oaks**, que precede la creación de las Naciones Unidas, las grandes potencias propusieron en relación con la futura Corte, lo siguiente:

1.- Debe existir una Corte Internacional de Justicia que constituya uno de los órganos principales de la Organización.

2.- La Corte deberá estar constituída y funcionar conforme a un Estatuto que deberá estar anexo a la Carta de la Organización.

3.- El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debería ser:

a) El Estatuto de la CPJI, continuando en vigor con las modificaciones que se estime conveniente introducir; o,

b) Un nuevo Estatuto para cuya preparación el Estatuto de la CPJI deberá servir de base.

4.- Todos los miembros deberán ser *ipso facto* partes en el Estatuto de la CIJ y,

5.- Las condiciones en las cuales los Estados no miembros de la Organización podrán ser Partes en el Estatuto de la CIJ, deberán ser determinados en cada caso por la Asamblea General, por recomendación del Consejo de Seguridad.

La Conferencia de San Francisco tuvo ante sí este texto (Capítulo VII de las Propuestas de Dumbarton Oaks) y el Informe de una Comisión de Juristas reunida poco antes, en Washington.

Con la creación de las Naciones Unidas durante la Conferencia de San Francisco de 1945, comienza a funcionar la Corte Internacional de Justicia la cual sustituirá, como ya se ha señalado, a la Corte Permanente de Justicia Internacional. La nueva Corte adoptó una decisión en 1946 por la que se aseguraba la transferencia de los archivos y los bienes muebles que eran de su propiedad o de la desaparecida Sociedad de Naciones. No sólo se trata de una sucesión legal desde el punto de vista formal, sino que con ello se garantiza una continuidad importante de la jurisprudencia internacional.

Los redactores de la Carta de San Francisco mantuvieron la continuidad entre ambas Cortes. El Estatuto nuevo recoge casi íntegramente las normas contenidas en el Estatuto de la Corte Permanente. La aceptación de la jurisdicción de la Corte Permanente, puede extenderse a la nueva Corte, en virtud del artículo 36-5 del Estatuto que examinaremos mas adelante.

Los jueces de la Corte Permanente renunciaron a sus cargos en enero de 1946. La primera elección de los miembros de la nueva Corte se celebró el 6 de febrero de 1946, reuniéndose por primera vez el 1 de abril siguiente.

a. La Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas

La Corte Internacional de Justicia constituye el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 92 de la Carta, lo que no excluye, como se refirió antes, que otras instancias judiciales puedan crearse, como serían, por ejemplo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y otros tribunales con jurisdicción para conocer las controversias entre personas privadas y sujetos de Derecho Internacional, como el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, creado por la Asamblea General[354] y la Comisión de Indemnizaciones deNacionesUnidas,creada también por el Consejo de Seguridad, que ejerce una función cuasi judicial[355]; o encargados de establecer la responsabilidad penal internacional de ciertos individuos como serían los Tribunales*ad hoc*paralaAntiguaYugoslaviayparaRuanda, creados por el Consejo de Seguridad[356] y más recientemente, la Corte Penal Internacional, entre otros, a los que nos referiremos detenidamente en su oportunidad.

Distintamente a lo que se planteó en relación con la CPJI, los Estados Miembros de la Organización son *ipso facto* partes en este Estatuto, tal como lo prevé el artículo 93-1 de la Carta, lo que significa que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidassonpartesdelmismo.Esto nos hace distinguir el reconocimiento de la Corte, como órgano judicial de las Naciones Unidas,y la aceptación de su jurisdicción,doscuestiones que pueden ser consideradas complementarias.

El artículo 35, sin embargo, deja abierta la posibilidad de que Estados no Miembros puedan constituirse en parte del Estatuto. La Corte está abierta a los otros Estados, como lo señala el artículo 35-2, antes referido. De otro modo, un Estado no parte del Estatuto puede constituirse en parte en un proceso ante el tribunal si acepta su jurisdicción en virtud de un tratado en vigor. En el Caso de la *Aplicación de la convención por la prevención y la represión del crimen de genocidio*, la Corte se declara competente *prima facie,* con base en una disposición de un tratado en vigor, suscrita por Bosnia-Herzegovina y la República Federativa de Yugoslavia (Más tarde Serbia-Montenegro y finalmente

354 Res. 351 (IV), del 24 de noviembre de 1949.
355 Res. 692 (1991), del 20 de mayo de 1991.
356 Res 827 (1993), del 25 de mayo de 1993 y Res. 955 (1994), del 8 de noviembre de 1994.

Serbia, cuya situación estuvo en suspenso entre 1992 y 2004, período en que la sucesión de la República Federativa de Yugoslavia aún no había sido decidida) Estados que no eran partes del Estatuto[357].

Hoy en día todos los Estados partes del Estatuto son Miembros de las Naciones Unidas. Hasta hace poco, Suiza, Liechtenstein y San Marino, sin ser Miembros de la Organización, se habían constituido en partes del Estatuto, en virtud del artículo 93-2 del mismo texto. Un Estado parte del Estatuto, no Miembro de las Naciones Unidas, tiene los mismos derechos que los Estados Miembros, incluso para la reforma del Estatuto, regulado por el artículo 69 de dicho texto, que remite a la Carta de la Organización, precisado por resolución de la Asamblea General[358].

La CIJ desempeña un papel fundamental en lo que respecta a la paz y la seguridad internacionales como lo expresa su Presidente en mensaje ante la Asamblea General, el 1º de noviembre de 2012: "... la Corte ha continúa cumpliendo su función de foro privilegiado de la comunidad internacional de Estados para la solución pacífica de las controversias internacionales de cualquier naturaleza sobre las cuales tiene competencia para conocerlas..." Sin embargo, como veremos, lo que es lamentable y a pesar de que hoy habría un mayor numero de Estados que han declarado aceptar su competencia, la Corte no tiene la aceptación que require. Los Estados en muchas ocasiones, incluso cuando han aceptado su jurisdicción, en la practica esgrimen por lo general cuestiones realtivas a la competencia y la admisibilidad (cuestiones preliminares) de una cuestión, mas, desde luego, cuando estamos ante una demanda unilateral, lo que evidencia que el carácter obligatorio aceptado por agunos, no lo es de manera tal que compromta ba los Estados a someter todas sus controversias al órgano judicial mas importante del sistema de las Naciones Unidas.

La Corte funciona de conformidad con las disposiciones consagradas en los **instrumentos básicos**: La **Carta** (artículos 92 a 96) y con su **Estatuto,** el **Reglamento** y otras normas de procedimiento adoptadas por la misma Corte: la **Resolución relativa a la práctica**

357 CIJ. Rec. 1993, p. 14.

358 Res. 2520 (XXIV), de 4 de diciembre de 1969.

interna, de 1976; y, las **Instrucciones de Procedimiento, de 2006, entre otras disposiciones**[359].

b. Estructura y composición de la Corte

La Corte se compone de quince miembros (jueces permanentes elegidos conforme al artículo 15-2 del Estatuto), no pudiendo haber más de un nacional de un mismo Estado, como lo prevé el artículo 3-1 del mismo texto. Los miembros son elegidos por un período de nueve años mediante un mecanismo mixto en el que participan, en dos etapas diferentes, los órganos nacionales, por una parte; y, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por otra. La Corte puede estar integrada también, tanto en plenario, como en Salas Especiales *ad hoc,* por jueces designados por las partes y confirmados por el Tribunal: los jueces *ad hoc,* aspecto éste al que se hará referencia más adelante.

Los candidatos a miembro o juez permanente deben cumplir una serie de **condiciones indispensables** para el ejercicio del cargo. Se exige la más **alta consideración** moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus respectivos países de **las más altas funciones judiciales** o que sean juristas que posean una **competencia notoria en materia de derecho internacional,** tal como lo indica el artículo 2 del Estatuto. Los jueces permanentes se juramentan en una audiencia pública del Tribunal. Esta declaración solemne del nuevo juez se funda en el artículo 20 del Estatuto de la Corte que dice textualmente: "antes de asumir las obligaciones del cargo, cada miembro de la Corte declarará solemnemente, en sesión pública, que ejercerá sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia".

Si bien la Corte esta integrada por eminentes juristas, su composicion no ha dejado de ser criticada, por algunos que han estimado que ella esta integrada por "jursitas diplomáticos" lo que en su opinión afecta su composicion que debería ser de "verdaderos jueces, competentes para resolver con una cierta altura de visión jurídica, e

[359] El conjunto de documentos básicos que regulan las reglas de funcionamiento de la Corte, así como las enmiendas recientes a los mismos, pueden verse en http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4.

incluso doctrinal,las controversias que le son sometidas. (PELLET, A., Coloquio *Quel droit international pour le 21e. siecle?* p.134., Bruylant, Bruselles, 2007), critica que exitiende a la composición de otros órganos jurídicos internacionales, incluida la CDI.

i. La elección de los Miembros

Los Miembros de la Corte son elegidos por nueve años por los Estados Partes en el Estatuto, miembros o no de las Naciones Unidas. El Estatuto prevé la posibilidad de que los Miembros del Tribunal puedan ser reelectos en sus cargos por períodos similares. La renovación de la Corte se hace cada tres años, con el fin de mantener la mayor continuidad posible.

A pesar de que se trata de una elección en la que se consideran las condiciones de los candidatos, es decir, su aptitud en el plano jurídico y que deben representar los **diversos sistemas jurídicos del mundo**, la elección de los miembros de la Corte tiene también elementos políticos que podrían en un momento dado afectar a las condiciones exigidas. El proceso de elección abarca, lógicamente, la acción política del Estado que presenta la candidatura lo que supone una negociación larga y compleja de cuyo éxito va a depender la elección de un candidato.

De conformidad con lo previsto en el Estatuto, la elección de los Miembros de la Corte debe tomar en cuenta su carácter universal, por lo que debe asegurarse "la representación de las grandes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo", como lo prevé el artículo 9 del Estatuto. Esta fórmula, como lo indica Rosenne, "es una versión refinada del principio de la **distribución geográfica equitativa**…"[360]. Con base en este principio corresponde a América Latina la designación de dos Miembros; tres a África; cinco a Europa Occidental y otros; tres a Asia y dos a Europa del Este.

La elección de los Miembros de la Corte se realiza en dos etapas diferentes aunque necesariamente complementarias. En primer lugar se procede a la designación de los candidatos por los **Grupos Nacionales** creados de acuerdo con el sistema establecido dentro del marco de la

---

[360] ROSENNE, S. *The Worl Court. What it is and how it works.* Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 5ª. Ed. 1995, pp. 54-55.

Corte Permanente de Arbitraje. Y, en segundo lugar, a la elección dentro del Grupo de candidatos designados por los Grupos Nacionales, por la **Asamblea Gener**al y el **Consejo de Seguridad** de las Naciones Unidas.

a) **Designación de candidatos por el Grupo Nacional**

El Grupo Nacional está integrado, por lo general, por cuatro juristas de reconocido prestigio que puedan constituir un Tribunal arbitral, tal como se establece en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 antes referidas. En el caso de los Estados no representados en la Corte Permanente de Arbitraje —tal como lo señala el artículo 4-2 del Estatuto del Tribunal— el Grupo Nacional estaría constituído en la misma forma, es decir, por juristas de prestigio y de las más altas calificaciones profesionales y académicas.

Antes de proceder a una designación se recomienda a cada Grupo Nacional consultar al tribunal superior de Justiciadelpaísdequesetrate, a las Facultades y Escuelas de Derecho y a las Academias Nacionales; a las secciones de las Academias internacionales que se encargan delestudio del derecho. Se busca con ello lograr la más alta competencia jurídicayelmayorprestigioprofesionalymoraldeloscandidatosdesignados por los Grupos Nacionales. Estos tendrían un respaldo suficiente que los acredita como candidatos idóneos para desempeñarelcargodeMiembro de la Corte.

b) **La elección en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General**

Por iniciativa de los Grupo Nacionales, como se observó antes, los Estados proponen sus candidatos a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, órganos que en **forma separada y simultánea** eligen a los Miembros de la Corte, como lo indica el artículo 8 del Estatuto. Esta cuestión, es importante destacarlo, no ha sido siempre respetada. La independencia de los órganos en la elección de los jueces del Tribunal se ha visto disminuída en algunos casos. Durante la primera elección, en 1946, el Presidente de la Asamblea General fue llamado al Consejo de Seguridad, para que diera su opinión sobre el procedimiento que se habría de seguir.

El procedimiento para esta elección está descrito en el artículo 4 del Estatuto. En el párrafo 2 de esta disposición se hace referencia a los Estados Miembros que no están representados en la Corte Permanente de Arbitraje, los cuales deberán designar sus candidatos en los términos antes referidos.

La **Asamblea General** debe elegir a los miembros de la Corte por mayoría absoluta entre los candidatos designados por los Estados. En este proceso participan, como se señaló antes, tanto los Estados Miembros de las Naciones Unidas como los Estados no Miembros partes en el Estatuto. Por su lado, el **Consejo de Seguridad** en forma separada y al mismo tiempo, debe elegirlos sin que se pueda aplicar el derecho a veto establecido en la Carta, en beneficio de los cinco Miembros Permanentes de este órgano.

En la práctica, la forma de **votación separada y simultánea** no ha sido siempre observada. En diversos escrutinios, particularmente en 1960, la Asamblea conoció los resultados de las votaciones en el Consejo antes de proceder a sus propias designaciones[361].

La doble mayoría es exigida hasta la tercera sesión de votación. Sí luego quedaren cargos vacantes, porque no hubo un número suficiente de candidatos que reunieron esta doble mayoría, el Estatuto prevé que la Asamblea o el Consejo pueden solicitar la formación de una Comisión Mediadora compuesta por seis Miembros nombrados paritariamente por la Asamblea y el Consejo. En el caso de que la Comisión Mediadora constatase que no puede lograr asegurar la elección, los Miembros de la Corte ya nombrados proveerán los cargos vacantes en un plazo a fijar por el Consejo de Seguridad, entre los candidatos que hayan obtenido votos en la Asamblea General o en el Consejo de Seguridad. De acuerdo con la práctica examinada se puede constatar que hasta hoy día no ha sido necesario recurrir al procedimiento de la Comisión Mediadora, aunque en varias oportunidades se ha recurrido a múltiples votaciones.

El elemento político no ha sido absolutamente extraño al proceso de la elección de los jueces aunque, es cierto, priman los criterios antes expresados en relación con la personalidad y la capacidad de los candidatos. En 1952, ciertas circunstancias vinculadas a la elección

[361] UN Repertoire of the Security Council, 1946-1951 (1954), p. 221.

hicieron que el Instituto de Derecho Internacional adoptara en su reunión de Siena (Italia), una resolución tendente a disminuir las influencias de los factores políticos en la elección de los jueces.

Tal y como se ha desarrollado desde 1946, la práctica electoral ha logrado conciliar dos exigencias menos contradictorias que complementarias: el rejuvenecimiento necesario de la Corte y el mantenimiento de una relativa continuidad. En la Corte elegida en 1946 hubo sólo dos jueces de la CPJI. Algunos jueces han conservado sus cargos hasta 21 años, como es el caso del Juez Winiarski (Polonia).

Los jueces actúan hasta el término de su mandato a excepción de que, tal como lo prevé el artículo 13-3 del Estatuto, estén participando en un caso en examen por la Corte, en particular, en una Sala especial *ad hoc*, como sería el caso del Juez Sette Camara (Brasil) quien culminó su mandato en 1988, continuando no sólo como miembro sino como Presidente de la Sala que se creó para conocer el Caso de la *Delimitación fronteriza terrestre, insular y marítima entre Honduras y El Salvador*.

En la práctica se han producido algunos casos en los que ciertos jueces han renunciado a sus cargos, dando paso a una nueva elección. Es el caso reciente, por ejemplo, del juez de nacionalidad china, Shi Jiuyong, quien renunció el 28 de mayo de 2010. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad eligieron en su sustitución a la señora Xue Hanquin, también de nacionalidad china, el 29 de junio de 2010. Por otra parte, el juez de nacionalidad estadounidense, Thomas Burgenthal, renunció al cargo a partir del 6 de setiembre de 2010. La Asamblea General y el Consejo eligieron su sustituto, de la misma nacionalidad, Joan E. Donoghue, durante la Asamblea General de ese mismo año. Por lo general, los Estados respetan la continuidad de la nacionalidad en el juez que sustituye al que renuncia.

El mandato de los nuevos jueces expira al mismo tiempo que el mandato del juez renunciante, tal como lo prescribe el artículo 2-2 del Reglamento.

Una situación muy particular se plantea con la muerte de un juez en el ejercicio de sus funciones. El cargo quedaría vacante a partir de esa fecha pero, en principio, y según se desprende de la práctica establecida, correspondería al grupo regional del juez desaparecido presentar

candidatos. En caso de fallecimiento de un juez, el sustituto iniciará su mandato desde la fecha de su elección y conforme al artículo 15 del Estatuto, cumplirá su mandato, al igual que en el caso de la renuncia de un juez y su sustituto, hasta la fecha en que tenía que cumplirlo el juez fallecido. No necesariamente el sustituto debe ser de la nacionalidad del juez fallecido, aunque en la práctica se favorece la candidatura de un nacional del juez fallecido. En épocas recientes podemos observar la sustitución de los jueces Elias y Aguilar-Mawdsley, sustituidos ambos por candidatos nacionales de sus respectivos países de origen. En el caso del juez Elias, de Nigeria, el candidato Ajibola, también de Nigeria, obtuvo la mayoría en los dos órganos de las Naciones Unidas que participaron en la elección de los jueces. Tras la muerte del juez Aguilar-Mawsdley, de Venezuela, el Consejo de Seguridad y la Asamblea eligieron al señor Parra-Aranguren, también de nacionalidad venezolana.

c. La independencia de los jueces. Inmunidades y Privilegios

El principio de la independencia de los jueces es común a todos los órganos judiciales. En el caso de la Corte Internacional de Justicia habría razones aún mayores para considerar la necesidad de la independencia y de la autonomía de los jueces.

La supuesta **no independencia de un juez** puede ser planteada por un Estado tanto en un proceso contencioso como en un procedimiento consultivo, como sería el caso del juez Elaraby (egipcio) cuestionado por Israel en el contexto del asunto *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. En una Providencia motivada de 30 de enero de 2004, relativa a su composición en el asunto, la Corte decidió que la índole de los hechos señalados a su atención por el Gobierno de Israel en Nota de fecha 31 de diciembre de 2003, y en una Nota confidencial de fecha 15 de enero de 2004 dirigida al Presidente, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 34 del Reglamento de la Corte, no era suficiente para determinar que el Magistrado Elaraby se debía inhibir de actuar en el procedimiento consultivo en cuestión.

Los miembros de la Corte no pueden ejercer ninguna función política o administrativa, ninguna ocupación de carácter profesional, mientras desempeñan su labor como miembros de este alto Tribunal. Esto resulta fundamental para la independencia requerida para el ejercicio del cargo. Los jueces de la Corte han demostrado, por lo general, su **imparcialidad en el proceso** en el cual han participado, llegando a adoptar, incluso, posiciones contrarias a las asumidas por los Estados de los cuales son nacionales y que han sido partes en ese proceso.

Al examinar la práctica del Tribunal observamos varios casos de interés en relación con esta cuestión. Así, por ejemplo, vemos como el juez británico votó con la mayoría, contra la posición de su propio país, en el Caso del *Estrecho de Corfú* (fondo). En este Caso, el Reino Unido demandó a Albania, Estado no miembro de las Naciones Unidas, para que estableciera la responsabilidad internacional de ese Estado por el minado colocado en el estrecho que causó numerosas víctimas y pérdidas materiales importantes que afectaban al Reino Unido. En el Caso de la *Anglo-Iranian Oil Co,* el juez británico también votó con la mayoría, contra la tesis sostenida por el Reino Unido. En este caso, que la Corte tampoco pudo conocer por no declararse competente para ello, el Reino Unido había demandado a Irán por los daños causados a nacionales de ese Estado por haber decretado, en 1951, la nacionalización de la industria petrolera.

En el Caso de los *Nacionales de Estados Unidos de América enMarruecos* que el Tribunal decidió el 27 de agosto de 1952 y en el queeranpartes Francia, Estado demandante, y los Estados Unidos, parte demandada, el Tribunal examinó, fundamentalmente, lo relativo a los derechos de los Estados Unidos, beneficiario del antiguo régimen de Capitulaciones. En este caso el juez francés y el norteamericano votaron con la mayoría, en contra de las tesis de los gobiernos de sus respectivos países[362].

Distintamente, si se examina la práctica más reciente del Tribunal, podemos observar actitudes coincidentes de algunos jueces que actúan en un proceso con las posiciones asumidas por sus respectivos países de

[362] CIJ. Rec. 1952, pp. 212-213.

origen. En el Caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta,* en el que Nicaragua demanda a los Estados Unidos por la violación del Derecho Internacional al promover acciones que afectaban la integridad y la soberanía de este país, el Juez Schwebel, de los Estados Unidos, si bien es cierto que en relación con algunos aspectos votó en forma diferente a la adoptada por Estados Unidos, en otros votó en contra de la decisión del Tribunal, coincidiendo así con la posición adoptada por el Gobierno de su país de origen, lo que por supuesto, como otros casos similares, no podría significar la no imparcialidad del juez. Aunque sostuvo una posición muy dura en contra de Nicaragua, adoptando en gran medida una actitud próxima a la de un juez *ad hoc*, el Juez Schwebel votó a favor de la orden de que Estados Unidos debía cesar el minado de los puertos nicaragüenses; en la fase preliminar votó a favor de la admisibilidad de la demanda, aunque se oponía a la jurisdicción del Tribunal.

Para garantizar su independencia, el Gobierno del país sede, en este caso el gobierno del Reino de los Países Bajos, le otorga **inmunidades y privilegios** similares a los que se acuerdan a los agentes diplomáticos. El Estatuto de la Corte establece a este respecto, en su artículo 19, que "en el ejercicio de sus funciones del cargo, los Miembros de la Corte gozarán en el ejercicio de sus funciones, de los privilegios e inmunidades diplomáticos". En las Notas intercambiadas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y el Presidente del Tribunal del 26 de junio de 1946, se precisa que los jueces de la Corte se benefician, de una manera general, de los mismos privilegios, inmunidades, facilidades y prerrogativas de los Jefes de las misiones diplomáticas acreditados ante el Reino de los Países Bajos[363].

En estos acuerdos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 90 (I), del 11 de diciembre de 1946) ésta recomienda que "si un juez, con el propósito de estar permanentemente a disposición de la Corte, reside en algún país que no sea el suyo, goce de privilegios e inmunidades diplomáticos durante su residencia en dicho sitio" y que "los jueces tengan todas las facilidades de salir del país en que pudieren encontrarse, para entrar al país donde la Corte

[363] CIJ. Acts and Documents No. 6, pp. 204-211 y 214-217.

tenga su sede, y para salir nuevamente de él. En el curso de los viajes que hagan en el ejercicio de sus funciones, deberían gozar, en todos los países que tengan que atravesar, de los privilegios, inmunidades y facilidades concedidos en esos países a los representantes diplomáticos".

El artículo 32-8 del Estatuto dispone, además, que los "sueldos, estipendios y remuneraciones" percibidos por los magistrados y el Secretario estarán exentos de toda clase de impuestos.

d. La Secretaría

La existencia de una Secretaría le da al Tribunal un carácter más sólido en cuanto a su permanencia y estabilidad, lo que lo distingue de los Tribunales u órganos arbitrales que se constituyen cuando las partes en una controversia así lo deciden. La Secretaría tiene ciertas particularidades que responden a la naturaleza de la Corte. Aunque sus funcionarios forman parte del personal de las Naciones Unidas, los mismos son nombrados por la propia Corte. De la misma manera, mantiene pese a su carácter de órgano de las Naciones Unidas, cierta autonomía en el manejo de los recursos.

i. El Secretario del Tribunal (*Greffier*) y el Secretario Adjunto

La Corte tiene su propia administración. La Secretaría es un órgano permanente. Su máxima autoridad administrativa es el **Secretario** (*Greffier*), funcionario designado por la misma Corte en votación secreta, por un período renovable de siete años, tal como lo establecen los artículos 21-2 del Estatuto y 22-1 del Reglamento. El Secretario es un funcionario del más alto rango dentro del personal de la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, a pesar de ello y en forma excepcional, como se señaló antes, el Secretario General de la Organización no interviene en su designación, ya que corresponde a los jueces decidir sobre este nombramiento.

El Secretario es responsable de la conducción de la Secretaría como órgano, lo que se traduce en una función meramente administrativa. El Secretario también ejerce funciones muy importantes en relación con la **organización del proceso.** El Artículo 26-1 del

Reglamento especifica sus funciones y el Artículo 26-2 de ese mismo texto permite al Tribunal establecer otras diferentes.

La Corte elige también al **Secretario Adjunto**, en proceso que se regula, al igual que el mandato que se le confiere, en el Artículo 27 del Reglamento. En la práctica, el Secretario Adjunto asiste al Secretario en sus funciones administrativas.

ii. **El personal de la Secretaría**

El personal de la Secretaría es nombrado por la Corte a propuesta del Secretario, según lo establecen los artículos 21-2 del Estatuto y 25 del Reglamento, lo que responde a la aludida autonomía relativa en su administración. Los funcionarios de la categoría de servicios generales y el personal temporal son nombrados directamente por el Secretario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Reglamento. El personal de la Corte no es, técnicamente hablando, parte del personal de las Naciones Unidas.

e. Las cuestiones financieras

Si bien es cierto que la Corte es un órgano judicial autónomo conforme a lo antes indicado, desde el punto de vista financiero, la Corte es un órgano dependiente dentro del sistema de las Naciones Unidas. La Asamblea General de la Organización decide periódicamente el monto del presupuesto que corresponde al Tribunal. Le corresponde al Secretario formular el Proyecto de Presupuesto y presentarlo a la consideración de la Asamblea General, cuando se examina y se aprueba el Presupuesto general de la Organización.

El artículo 33 del Estatuto del Tribunal señala textualmente que los gastos de la Corte son sufragados por las Naciones Unidas en la forma en que lo decida la Asamblea General. Los Estados Miembros contribuyen con el Presupuesto de la Corte en la misma proporción en que contribuyen con el presupuesto de la Organización en general. Por su parte, los Estados Partes en el Estatuto no Miembros de la Organización han venido contribuyendo periódicamente con la cuota establecida por la Asamblea General.

En materia financiera y de personal la Corte aplica los artículos 32 a 35 y 64 del Estatuto; el artículo 26-i-j) de su Reglamento, el Estatuto del

Personal de la Secretaría y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General.

e. La competencia de la Corte Internacional de Justicia

La Corte tiene una doble competencia. La **contenciosa,** referida a los Estados que aceptan su jurisdicción y, la **consultiva**, en relación con las organizaciones y órganos autorizados para someter cuestiones jurídicas a la Corte, planteadas en el ámbito de sus actividades.

La Corte, como hemos dicho, al igual que todo órgano jurisdiccional, decide sobre su propia competencia, según lo establece el artículo 36-6 del Estatuto, antes en el Estatuto de la CPJI, que recoge una norma consuetudinaria en materia arbitral, reiterada por la misma Corte en el Caso *Nottebohm* cuando concluyó que "desde el Caso *Alabama* se admite, conforme a precedentes anteriores, que salvo acuerdo en contrario, un tribunal internacional es juez de su propia competencia y tiene el poder de interpretar a este efecto, los actos que gobiernan dicha jurisdicción. Este principio —continúa el Tribunal— está expresamente consagrado en los artículos 48 y 73 de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, para la solución pacífica de las controversias internacionales..."[364].

La Corte, cuando alguna de las partes cuestiona su jurisdicción, porque no tiene competencia o porque la cuestión de que se trata es inadmisible, se pronuncia mediante excepciones preliminares, cuestión que se verá más adelante. La Corte debe asegurarse en todos los casos de que es competente para conocer el asunto y que éste es admisible, en los términos que veremos luego.

i. La competencia contenciosa

De acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de su Estatuto, **sólo los Estados pueden constituirse en partes en un proceso ante la Corte**. Esta disposición abarca también a los Estados no Miembros partes en el Estatuto, antes citados y a los Estados no Miembros que no son partes de este texto, como sería el caso de Albania, en el asunto del *Estrecho de Corfú,* que aceptan de alguna manera la competencia de la Corte.

---

[364] CIJ. Rec. 1953, p. 119.

Dentro del marco de su función contenciosa, restringida a los Estados que han aceptado su jurisdicción, las organizaciones internacionales pueden actuar de alguna manera en el proceso. La Corte puede, en efecto, solicitarle a éstas información en relación con un asunto que esté examinando dentro del marco de su actividad contenciosa, de acuerdo con los artículos 34—2 y 34—3 del Estatuto y las normas de la misma Organización. Pero, su actuación nunca podría ser como parte en un proceso.

Las personas privadas —físicas o morales— no tienen un acceso directo a la Corte aunque el Estado del cual son nacionales pueda representar sus intereses, mediante el mecanismo de la protección diplomática, dentro del marco delaresponsabilidad internacional del Estado, como serían los casos, entre otros, *Ambatielos (*Grecia/Reino Unido), *Anglo-Iranian Oil Co* (Reino Unido/Irán), *Nottebohm* (Liechtenstein/Guatemala),*Interhandel*(Suiza/ Estados Unidos), *Barcelona Traction* (España/Bélgica) y *Electrónica Sicula S.p.A (ELSI)* (Estados Unidos/Italia), *Avena y otros nacionales mexicanos (México/Estados Unidos)*.

Veremos, sin embargo, en el contexto de los juicios de reforma de los Fallos del Tribunal Administrativo de la OIT (TAOIT) que puede concoer la Corte por la vía consultiva, que el funcionario de una organización, persona natural, puede tener una cierta participación en dichos procesos pues se trata de considerar un Fallo del tribunal relacionada con una cuesión contractual.

a. La aceptación de la jurisdicción de la Corte

Tal como dijimos antes cuando examinamos el **principio de la libertad de elección de los medios de solución de controversias**, la Corte puede conocer sólo de los asuntos que las partes decidan someterle. La jurisdicción de la Corte es **facultativa**; pero ella es facultativa en la medida en que el consentimiento del Estado sea expresado después del nacimiento de la controversia. Si el consentimiento es dado después de este hecho, es facultativo, pero si es expresado antes, la jurisdicción del Tribunal se presenta como **obligatoria.**

Los Estados pueden aceptar la jurisdicción de la Corte por diversos medios: en primerlugar,porun**acuerdobilateralocompromiso**entre las partes, tal como lo estipula el artículo 36 del Estatuto (i). En segundo lugar, las partes pueden comprometerse mediante **acuerdos bilaterales o multilaterales previos que difieren del anterior por su carácter general** (ii); también, mediante la **Declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción** del Tribunal, formulada en virtud delartículo36-2delEstatuto (iii); por las **Declaraciones formuladas por los Estados envirtud del artículo 36-5 del Estatuto**, relacionadas con la aceptación de la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (iv); y, finalmente, como veremos, por **actos implícitos que signifiquen claramente que el Estado ha aceptado la jurisdicción de la Corte** (*forum prorrogatum*) (v).

i. Acuerdo bilateral o compromiso

La primera modalidad a que hace referencia el Estatuto es el **compromiso o acuerdo bilateral específico** que las partes suscriben para someter una controversia determinada, al Tribunal. Mediante este tipo de AcuerdoslaCorte ha conocido numerosos casos, entre los cuales los relativos al *Derecho de asilo* (Colombia/Perú. Fecha del compromiso: 31-8-49); *Minquiers et Ecrehous* (Francia/Reino Unido. Fecha del compromiso: 29-12-50); *Soberanía sobre algunas parcelas fronterizas* (Bélgica /Países Bajos. Fecha del compromiso: 7-3-57); *Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Países Bajos. Fecha del compromiso:2-2-67);*Plataformacontinental*(Libia/Túnez.Fecha del compromiso: 10-6-67); *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (Canadá/Estados Unidos. Fecha del compromiso: 29-3-79); *Plataforma continental* (Libia/Malta. Fecha del compromiso 23-5-76) y *Controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali. Fecha del compromiso: 16-9-83). Más recientemente, el Caso de la *Controversia fronteriza,* sometida por Burkina Fasso y Níger, en virtud del compromiso del 24 de febrero de 2009, sometido a la Corte por Nota conjunta del 12 de mayo de 2010.365

365 Comunicado de la CIJ, 2010/24, del 21 de julio de 2010.

En este acuerdo o compromiso bilateral se fija por lo general el objeto del litigio; se mencionan las partes, los planteamientos precisos que se hacen al Tribunal y otras cuestiones que no son siempre las mismas, como la creación de una Sala Especial *ad hoc*, modalidad a la que se hará referencia más adelante; o cuestiones procesales más concretas.

En el texto del compromiso suscrito por los Gobiernos de Burkina Faso (Alto Volta) y Malí, en el Caso de la *Controversia fronteriza*, por ejemplo, notificado a la Secretaría el 14 de octubre de 1983, se determina el objeto del litigio en su artículo I, en el que se señala textualmente que "1. La cuestión que se plantea a la Sala de la Corte Internacional de Justicia...: cuál es el trazado de la frontera entre la República del Alto Volta y la República de Mali, en la zona contestada, tal como se define inmediatamente". En el artículo II de este mismo texto se solicita la creación de una Sala Especial. En el artículo III se hace referencia al procedimiento; en el artículo IV al alcance y a la naturaleza de la decisión; y, finalmente, en el artículo V, a la entrada en vigor, la publicación y la notificación del compromiso.

En el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima,* Honduras y El Salvador suscribieron un acuerdo el 26 de mayo de 1986, en el que convienen en someter la controversia, cuyo objeto se precisa en el artículo 2 de ese texto, a una Sala Especial. En el mismo acuerdo, las partes sugieren una forma específica del procedimiento escrito que coincide con el normalmente acordado por el Tribunal (Art. 3).

Más recientemente, Burkina Faso y Níger precisaron en el compromiso sometido a la Corte, antes referido, el objeto de la controversia que es determinar el trazado de la frontera entre los dos países en sectores concretos acordados por las mismas partes. Piden también que deje constancia acerca de los resultados de la labor de la Comisión Técnica en la demarcación de los límites entre los dos países respecto de sectores igualmente especificados. También, en este caso, las partes plantean cuestiones de procedimiento.

La competencia de la Corte puede ser acordada por un compromiso bilateral, pero ella puede no abarcar todos los aspectos planteados por una de ellas en un proceso, generando discrepancias entre las partes. En el Caso de las *Fábricas de pulpa de papel en el río*

Uruguay, Argentina y Uruguay acuerdan la competencia de la Corte en base al artículo 60 del Estatuto del rio Uruguay que señala que "toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación del Tratado o del Estatuto que no pueda ser solucionada por negociaciones directas puede ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia". Uruguay reconoce que la competencia de la Corte, de acuerdo con la cláusula compromisoria se extiende a las demandas relacionadas con la contaminación o cualquier tipo de daño causado al río Uruguay, en violación del Estatuto de 1975. Sin embargo, considera que Argentina no puede presentar demandas en relación con cualquier tipo de daño ambiental, una interpretación restrictiva de la competencia acordada que Argentina rechaza. La Corte considera, sin embargo, que la "contaminación sonora" y la "visual", así como "los malos olores" no entrarían en la competencia que le acuerdan las partes, en virtud del artículo 60 del Estatuto, antes citado366.

ii. **Tratados y Convenciones anteriores**

Además del compromiso concluido expresamente entre las partes en relación con una cuestión en particular, los Estados pueden recurrir a la Corte sobre la base de **instrumentos jurídicos previos, de carácter general.** El artículo 36-1 del Estatuto señala a este respecto que "la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes".

En las **Convenciones multilaterales regionales no constitutivas de organismos internacionales**, se puede igualmente observar la inclusión de una cláusula de aceptación de jurisdicción de la Corte, como por ejemplo, en el **Tratado Interamericano de Solución Pacífica de Controversias** (**Pacto de Bogotá**), del 30 de abril de 1948; y, en la **Convención Europea para la Solución Pacífica de Controversias**, suscrita en Estrasburgo, el 29 de abril de 1957.

Una cuestión importante que merece una referencia expresa es la relativa a la jurisdicción del Tribunal con base en estos compromisos regionales, como el **Pacto de Bogotá**, en el cual funda la competencia del

366CIJ, Rec.2010, p. 26, par.52

Tribunal Nicaragua, en su demanda contra Honduras, en el Caso de las *Accionesarmadasfronterizasy transfronterizas;,* más adelante, en el Caso de la *Delimitación terrestre y marítima en el mar Caribe* y luegho, en el Caso de la *Controversia relativa a losderechos de navegación y derechos conexos de Costa Rica en el río San Juan*, Costa Rica, que le opone a Colombia. La cláusula de aceptación de jurisdicciónde lTribunalincluidaenel artículo XXXI del Pacto de Bogotá, en particular, ha sido considerada por la misma Corte en su decisión del 20 de diciembre de 1988, como **independiente** de las declaraciones que pudieran formular los Estados partes mediante este instrumento regional, en relación con el artículo 36-2 de su Estatuto.

En el primer caso, Nicaragua fundó la competencia del Tribunal, en el artículo XXXI del Pacto y en las Declaraciones por las cuales las dos partes aceptaron la jurisdicción de la Corte, en las condiciones previstas respectivamente en los parágrafos 1 y 2 del artículo 36 del Estatuto.

Por primera vez la Corte examina este instrumento regional y lo interpreta para concluir en su decisión del 20 de diciembre de 1988, que la competencia del Tribunal se funda en el citado artículo XXXI, que es independiente tanto de las Declaraciones que se formulan en relación con el artículo 36-2 del Estatuto, como del artículo XXXII del mismo Pacto que prevé otros mecanismos de solución de controversias.

En este asunto Honduras solicitó a la Corte que se declarara incompetente y que en cualquier caso declarara inadmisible la demanda, estimandoen sus conclusiones escritas que esta controversia está excluida de la jurisdicción de la Corte en virtud de la declaración de Honduras del 22 de mayo de 1986; y, por otra parte, que el artículo XXXI del Pacto no podía ser invocado como base de competencia independientemente del artículo XXXII. Este segundo artículo prohibiría, en su criterio, recurrirunilateralmentealaCorte,amenosque se hubiera seguido un procedimiento de conciliación sin que se hubiese logrado solucionar la cuestión y si las partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral.

LaCorteteníaentonces que resolver dos cuestiones importantes en relación con la competencia del Tribunal y el Pacto de Bogotá. En primer lugar, si el artículo XXXI era autónomo, en relación con las declaraciones

formuladas en virtud del Estatuto; y, luego, si debía recurrirse a un mecanismo preliminar establecido en el mismo artículo del Pacto.

Nicaragua, por su parte, concluyó que las modificaciones de Honduras,incluidasenladeclaracióndel22 de mayo de 1986, no eran válidas y que por lo tanto no tenían efectos jurídicos. Y que, en cualquier caso, si laCortelasconsiderabaválidas,lasmismasnopodríanser opuestas aNicaragua "porque no se le había hecho partícipe en un plazo razonable".

Tras un examen detenido de la cuestión y de establecer una relación jurídica entre los Estados involucrados en la controversia, por ser ambos partes del Pacto de Bogotá, el Tribunal estableció que su competencia se fundaba en este texto y no en las Declaraciones que las partes pudieren haber formulado en virtud del artículo 36-2 del Estatuto.

Más recientemente, en el Caso de la *Controversia relativa a losderechos de navegación y derechos conexos de Costa Rica en el río San Juan*, Costa Rica, en su demanda introducida ante el Tribunal el 29 de septiembre de 2005, afirma que la Corte tiene además jurisdicción en ese caso, en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá.

En el Caso de la *Controversia territorial y marírima en el mar Caribe,* Niaragua introduce una demanda en contra de Colombia el 6 de diciembre de 2001, en base al artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Colombia plantea que la Corte no es competente para conocer el asunto, lo que abre una fase de cuestiones preliminares para que la Corte decida sobre su comptencia, lo que resuelve el 13 de diciembre de 2007. La Corte acepta una de las excepciones presentadas por Colombia en relación a la soberanía sobre las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, cuesdtión que en consecuencia no examina; pero, rechaza la segunda excepción, relativa a la soberanía sobre "las otras formaciones marítimas en litigio entre las partes." Rechaza también en el tribunal la excepción acerca de la delimitación marítima, lo que decide más tarde, sobre el fondo, el 19 de noviembre de 2012. (CIJ, Rec.2007 (II), parte dispositiva).

Por otra parte, la competencia de la Corte puede basarse también en los **textos constitutivos internacionales** que incluyen el recurso

obligatorio a la Corte Internacional de Justicia. Tal es el caso, entre otras, de la Constitución de la UNESCO enlaqueseseñalaensuartículoArtículoXIV-2,referenteala"interpretación"que"todaslascuestionesycontroversiasrelativasalainterpretacióndelapresenteConstituciónseránsometidas,parasuresolución, a la Corte Internacional de Justicia o a un tribunal de arbitraje, según determinara la Conferencia General con arreglo a su Reglamento".

El recurso a la Corte es también referido en algunas **Convenciones de codificación,** como la de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 65, relativo a los "procedimientos que deberán seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión o la aplicación de un tratado" se remite al artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Ahora bien, si dentro de los doce meses siguientes no se ha llegado a una solución "una de las partes podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte..." (Art. 66-a, de la CVDT69).

La competencia de la Corte puede basarse también en **Acuerdos bilaterales no relacionados estrictamente con la soluciónde controversias,** aunque se incluyan cláusulas a ese respecto, como sería el Caso, por ejemplo,dela*Aplicación del Acuerdo Provisional del 13 de septiembre de1995* que opone a la ex República Yugoslava de Macedonia y a Grecia, en el que el demandante pide a la Corte que proteja los derechos que le atribuye dicho Acuerdo y le asegurara la posibilidad de ejercer sus facultades como Estado independiente, de conformidad con el Derecho Internacional, incluida la de tratar de adherir a las organizaciones internacionales. La ex República de Macedonia funda la competencia de la Corte en el artículo 21-2 de dicho Acuerdo que establece que cualquier controversia sobre la interpretación o la aplicación del mismo podía ser sometida, por cualquiera de las partes, a la CIJ, a excepción de lo mencionado en el artículo 5-1 del mismo texto.

La inclusión de la cláusula de aceptación de la jurisdicción del Tribunal se puede apreciar también en varios **textos de alcance universal**, como por ejemplo, en la **Convención para le Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio,** suscrita en París, el 9 de diciembre de 1948; la Convención Única sobre Estupefacientes, del 30 de

marzo de 1961 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, del 7 de marzo de 1966, entre muchos otros.

En el Caso de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminacióndetodas las formas de Discriminación Racial*, interpuesto por Georgia en contra la Federación Rusa, con motivo de las acciones realizadas por ésta en el territorio de Georgia y sus alrededores, en violación de la Convención citada, Georgia fundamenta la competencia de la Corte en el artículo 22 de ese texto, reservándose el derecho de invocar, como fundamento adicional de la competencia, el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En relación con este Caso el Tribunal se declaró incompetente, en abril de 2011.

También, en el Caso de las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados*, que opone a Alemania y a Italia, el demandante (Alemania) funda la competencia de la Corte, en el artículo 1 del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias, del 29 de abril de 1957. Finalmente, en el Caso de las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, Bélgica funda la demanda que interpone contra Senegal en las Declaraciones unilaterales de aceptación formuladas por ambos Estados en 1958 (Bélgica) y en 1985 (Senegal) y en el artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, de la cual son parte ambos Estados, que establece que las controversias surgidas entre dos Estados para la interpretación o la aplicación de la Convención, que no pudiesen ser resueltas por negociaciones o arbitraje, pueden ser sometidas a la CIJ, por cualquiera de ellos.

iii. **Cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria**

Los Estados pueden formular también una declaración unilateral en virtud del artículo 36-2 del Estatuto que dice textualmente:

> "Los Estados partes en el presente Estatuto podrán, en cualquier momento declarar reconocer como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, en relación con cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte sobre todas las controversias de orden jurídico que tengan por objeto:

a) La interpretación de un Tratado;

b) Cualquier punto de derecho internacional;

c) La realidad de cualquier hecho que si se llega a establecer constituye una violación de un compromiso internacional;

d) La naturaleza o el alcance de la debida reparación por la ruptura de un compromiso internacional".

La declaración formulada en este sentido es un acto jurídico unilateral tal como lo ha señalado el Tribunal en el Caso de la *Anglo-iranian Oil Company* y del *Derecho de paso* entre otros. Pero, evidentemente, no se trata de actos unilaterales autónomos o independientes que surten efectos en el momento en que son formulados y por sí mismos, sino que se trata de actos unilaterales que se deben incluir en la relación convencional, a los que le son aplicables el derecho de los tratados. Estas declaraciones, aún no siendo estrictamente convencionales, en el sentido que vimos antes, son objeto de consideraciones particulares, entre ellas, por ejemplo, la aplicación restrictiva de las reglas de interpretación.

La Comisión de Derecho Internacional cuando examinó el tema de los actos unilaterales del Estado que producen efectos jurídicos en el plano internacional excluyó de su ámbito, a pesar de su unilateralidad formal, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción del tribunal formuladas con base en el artículo 36-2 del Estatuto[367].

En la actualidad, sesenta y seis Estados han declarado reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte, de acuerdo con los parágrafos 2 y 5 del artículo 36 de su Estatuto[368]. Entre los países que han aceptado la

---

[367] Ver Informes del Relator Especial sobre el tema, Víctor Rodríguez Cedeño (1998/2006) así como los Informes de la CDI a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1997 a 2006. Definición del Acto unilateral de los Estados (Unilateral act of States): EPIL, 2006, RODRIGUEZ CEDEÑO, V. y TORRES CAZORLA, M.I. De igual modo, un estudio detallado de este tema y de la labor codificadora, en TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2010.

[368] Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Cambodia, Camerún, Canadá, Chipre, Dominica, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dinamarca, Djibouti, Egipto, Eslovaquia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Gambia, Georgia, Grecia, Guinea, Guinea-Bissau, Haiti, Honduras, Hungría, India, Japón, Kenya, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Malta, Mauricio, México, Nauru, Ni-

jurisdicción del Tribunal, en virtud del artículo 36-2 del Estatuto, destacan en América Latina: Colombia (30-10-37), Costa Rica (20-2-73), El Salvador (20-11-73), Honduras (6-6-86), México (20-10-47), Nicaragua (24-9-29), Panamá (25-10-21), República Dominicana (30-9-24) y Uruguay (antes del 28-1-21, fecha en que se publicara por primera vez un documento de la Sociedad de Naciones).

La **validez en el tiempo** de estas declaraciones es variable. Unas son indeterminadas, como las formuladas por Egipto, Gambia, Haití, Honduras, India y Sudán, entre otros. Algunas han sido formuladas por cinco años, con cláusula de tácita reconducción por duración indeterminada: Estados Unidos, Japón, Liberia. Varias se han formulado por un año, con igual cláusula, como Portugal. Una Declaración (Kampuchea) fueformuladapordiezaños,con una cláusula de tácita reconducción por un período indeterminado.

Algunas de estas declaraciones han sido formuladas sin condición de **reciprocidad** como la de Haití, mientras que en otras se hace referencia expresa a la reciprocidad, como serían, entre otras, las declaraciones de México, Egipto, Luxemburgo, Nigeria y Uruguay.

En algunas declaraciones se precisan los **litigios que no son susceptibles de ser objeto de una controversia** que puedan ser sometidos a la Corte, como serían los casos de las declaraciones formuladas por Barbados, Bostwana, y Canadá, entre otras. En las declaraciones de estos países se señala en general que aceptan como obligatoria la jurisdicción de la Corte, en relación con todos los casos "a excepción de" o "distintos a" los asuntos que competen a la jurisdicción interna de los Estados, al territorio o las que se puedan someter a otros mecanismos de solución. En la Declaración de Chipre se especifican las controversias jurídicas que pueden ser sometidas a la Corte, repitiéndose el artículo 36-2 del Estatuto.

Los Estados que han formulado una declaración de aceptación de lajurisdicciónde lTribunal puedenigualmente**denunciarla** en cualquier

---

caragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, República Democrática del Congo, República Dominicana, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal,Serbia, Montenegro, Somalia, Sudán, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Togo, Uganda y Uruguay.

momento –aunque no necesariamente surta efectos inmediatamente- como sería el caso de los Estados Unidos, el 7 de octubre de 1985,con motivo de la decisión que adoptara la Corte al declararse competente y admitir la demanda que introdujera Nicaragua en su contra, en el caso de las *Actividades militares y paramilitares*. Es interesante observar, por cierto, que más tarde, pese a esta denuncia, Estados Unidos introdujo una demanda en contra de Italia, el 6 de agosto de 1987, en el caso de la *Electrónica Sicula S.p.A (ELSI),* argumentando que con ello "demostraban en forma visible y concreta que continuaban reconociendo el papel esencial que juega la Corte en la solución de controversias de orden jurídico entre los Estados", como lo señalara el representante de los Estados Unidos en la audiencia del 27 de febrero de 1989. Es de destacar que la demanda de los Estados Unidos en este caso se fundamentó en el Tratado de Amistad suscrito con Italia y en el marco del artículo 36-1 del Estatuto. Esta acción de los Estados Unidos refleja, sin duda, su interés porque el recurso a la Corte sea decidido en cada caso y no en forma general, sobre la base de la declaración unilateral formulada en virtud del artículo 36-2 del Estatuto.

Las declaraciones formuladas por los Estadosenvirtuddelartículo 36-2 del Estatuto deben ser remitidas para su **depósito**, como se indicara antes, al Secretario General de las Naciones Unidas quien transmitirá copia de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario del Tribunal, según lo previsto en el artículo 36-4 de ese mismo texto.

iv. Declaraciones formuladas en virtud del artículo 36-5 del Estatuto de la CPJI

La competencia de la Corte se puede fundar, además, en las **Declaraciones formuladas por los Estados dentro del marco de la Corte Permanente de Justicia Internacional**, que no hayan expirado según, lo establece el artículo 36-5 del Estatuto actual. Esta continuidad en las declaraciones de los Estados tiene estrecha relación con la continuidad de la jurisdicción internacional desde 1920, reflejada en la sustitución formal y práctica de la CPJI, por la CIJ.

El objetivo del artículo 36-5 del Estatuto es, como lo señaló la Corte en el Caso del *Incidente aéreo del 27 de julio de 1955,* trasladar los

efectos jurídicos de las declaraciones formuladas antes, en relación con la jurisdicción de la Corte Permanente.

En la práctica se puede apreciar que ocho Estados han formulado su declaración de aceptación de la jurisdicción del Tribunal, en relación con la Corte Permanente, las cuales siguen vigentes, de acuerdo con el artículo 36-5 del Estatuto. Se trata de Colombia, Haití, Luxemburgo, Nicaragua, Nigeria, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

El Tribunal ha debido examinar en varias oportunidades, la validez de las declaraciones formuladas en relación con la CPJI, como base de su jurisdicción, en particular, en el Caso del *Incidente aéreo del 27 de julio de 1955*, en el del *Templo Préah Vihéar* y en el de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta.*

En el primer Caso Israel demandó ante el Tribunal a Bulgaria, sobre la base del artículo 36-5 del Estatuto, para que se estableciera la responsabilidad internacional de ese Estado por el derribo de un avión civil sobre su territorio y para que se estableciera la reparación de los daños causados por el acto en el que perdieron la vida 58 personas. Bulgaria planteó una **excepción preliminar** mediante la cual solicitaba al Tribunal que se declarara incompetente en el caso, por cuanto su declaración del 12 de agosto de 1921, mediante la cual aceptaba su jurisdicción, había cesado de tener efectos, con la disolución de la Corte Permanente, es decir, el 18 de abril de 1946, por lo que no era aplicable el artículo 36-5 del Estatuto antes citado, ya que la misma no estaba en vigor en el momento en que Bulgaria se hizo parte del Estatuto de la Corte actual, por su admisión en las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1955[369].

Para la Corte, tras examinar las actas de la Conferencia de San Francisco, el artículo 36-5 del Estatuto no sería aplicable sino a los Estados signatarios de la Carta, en 1945. La Corte se declaró finalmente incompetente, al aceptar la excepción planteada por Bulgaria, en decisión adoptada el 26 de mayo de 1959, por 12 votos contra 4.

---

[369] EISMANN, P-M. y PAZARTZIS, P. *La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, Pédone, París, 2008, p. 74.

El 30 de septiembre de 1959, Cambodia introduce una demanda en contra de Tailandia, en relación con la soberanía sobre el *Templo de Préah Vihéar*. La base de competencia argumentada por el demandante fue su Declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte y la declaración formulada por Tailandia, el 20 de mayo de 1930. Tailandia, por su parte, sin pretender negar su intención de aceptar la jurisdicción del Tribunal, planteó dos excepciones preliminares de incompetencia, la primera, en relación con la validez de la Declaración de aceptación, formulada dentro del marco de la Corte Permanente. Para la parte demandada, la declaración estaba redactada de tal manera que era inoperante.

La Corte determinó que la situación planteada era distinta a la que pretendía presentar Cambodia. La posición de Cambodia era diferente a ladeBulgaria,en el Caso del*Incidente aéreo del 27 dejuliode1955*.Lanueva Declaración del Estado demandante no se hizo en virtud del artículo 36-5 del Estatuto, sino que se trataba de una declaración diferente formulada dentro del marco de la nueva Corte. El Tribunal rechazó esta excepción preliminar por unanimidad, en decisión del 26 de mayo de 1961. En vista de ello no consideró la segunda excepción planteada por la parte demandada, ya que la primera era suficiente para fundar su competencia.

De la misma manera, el Tribunal examinó la cuestión en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta,* cuando tenía que decidir si una Declaración que no adquirió fuerza obligatoria en la época de la Corte Permanente, formaba parte de aquéllas que podían beneficiarse del artículo 36-5 del Estatuto.

Nicaragua, como se sabe, para poder apoyarse en la Declaración de Estados Unidos, de 1946, debía probar que aceptaba la misma obligación. Por ello, se basó en la Declaración que había formulado el 24 de septiembre de 1929, dentro del marco de la CPJI, ratificada y depositada, según Nicaragua, el 29 de noviembre de 1939, ante el Secretario General de la Sociedad de Naciones. En los archivos de la organización no aparecía este depósito y, tampoco, el telegrama o la nota por la cual el gobierno de Nicaragua notificaba el envío del instrumento de ratificación. Estados Unidos, en virtud de esa situación, argumentó, al rechazar la competencia del Tribunal, que Nicaragua nunca había sido parte del Estatuto de la Corte Permanente y que por lo

tanto su declaración no estaba vigente, conforme a lo indicado en el artículo 36-5 del nuevo Estatuto.

Consideró igualmente el Tribunal la importancia de las publicaciones oficiales, como el Anuario de la institución, en el que había aparecido siempre y continúa figurando, la declaración de Nicaragua. De la misma manera constató la Corte que, incluso si se considerara que la conducta durante el proceso relativo al caso de la *Sentencia arbitral del Rey de España, el 23 de diciembre de 1906,* fue ambigua, Nicaragua nunca indicó que no estaba vinculada por la declaración de 1929.

Lo que se persigue con este artículo, en todo caso, es prolongar las Declaraciones de aceptación de los Estados, ampliando la competencia del Tribunal. La convicción de otros Estados, como Honduras, en el caso citado de la *Decisión arbitral de 1906*, fortalece el criterio de la Corte,la que concluye que es competente para conocer la demanda depositada por Nicaragua el 9 de abril de 1984, sobre la base del artículo 36, parágrafos 2 y 5 de su Estatuto.

Es importante también destacar que la Corte puede ser competente para conocer un asunto que se plantee, teniendo como base de competencia **tratados o acuerdos en vigor, suscritos antes de 1945,** de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Estatuto. En el Caso de la *Licitud del empleo de la fuerza*, (Serbia y Montenegro/Bélgica y Serbia y Montenegro/Países Bajos), la Corte, en efecto, precisó que "es cierto que la competencia de la Corte Permanente, en virtud de tratados en vigor ha sido, bajo ciertas condiciones, mantenida y transferida a la Corte por el artículo 37 de su Estatuto..."[370].

En dos casos recientes que involucran a Francia, se acepta la jurisdicción de la Corte con base en el artículo 38-5 del Reglamento. Así, en el Caso de *Determinados procesos penales,* en el que el Congo interpone una demanda en contra de Francia el 9 de diciembre de 2002 con el objetivo de que se anularan ciertas medidas de investigación y enjuiciamiento adoptadas por autoridades judiciales francesas, en contra del Presidente del Congo y de algunos de sus Ministros.

---

[370] CIJ, Rec. 1993, pár. 124.

El Congo señaló entonces que confiaba en que Francia aceptaría la jurisdicción de la Corte en virtud del artículo 38-5 del Reglamento. Francia, por carta del 8 de abril de 2003 aceptó la competencia de la Corte, de conformidad con el artículo referido del Reglamento, aunque consideraba que dicha aceptación se refería exclusivamente a las denuncias formuladas por el Congo.

En el Caso relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales*, interpuesto por Djibouti contra Francia el 9 de enero de 2006, en relación con la negativa de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas a cumplir una comisión rogatoria por la cual se solicitaba la transmisión a las autoridades de Djibouti del expediente relativo a la investigación realizada en la Causa contra X, por el homicidio de Bernard Borrel, el demandante funda la competencia en el artículo 38-5 del Reglamento que señala que:

> "5. Cuando el demandante pretenda fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado contra quien se haga la solicitud, ésta última se transmitirá a ese Estado. No será, sin embargo, inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate".

Francia, mediante comunicación del 25 de julio de 2006 admitió la competencia de la Corte entendiendo que era solamente sobre la base del artículo 38-5 citado. En su Contramemoria, Francia pide a la Corte que "declare que carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por la República de Djibouti en sus alegaciones orales, que van mas allá del objeto de la controversia tal como figura en su demanda, o las declare inadmisibles".

En su Decisión del 4 de julio de 2008 la Corte se declaró por unanimidad, competente para conocer la cuestión y pronunciarse sobre la controversiaplanteada por Djibouti,el3denoviembrede2004.Encuanto al fondo, la Corte consideró que Francia habría incumplido la obligación internacional que le incumbe con arreglo al artículo 17 del Convenio sobre asistencia mutua en materia penal suscrito entre ambos países, el 27 de septiembre de 1986 y que la constatación de este incumplimiento constituye una reparación adecuada.

v) La competencia de la Corte en virtud del artículo 287 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar

Tal como veremos luego, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNDUM) contiene un sistema bastante complejo relativo a la solución de las controversias que puedan surgir por la interpretación y la aplicación de dicha Convención y los textos relacionados. El sistema prevé un mecanismo obligatorio de solución que conduce a decisiones igualmente obligatorias desde el punto de vista jurídico.

El artículo 282 de la Convención permite a las Estados escoger, al momento de hacerse partes en la misma, un medio de solución de controversias. En su defecto, si la cuestión no se resuelve y no hay coincidencias entre los Estados partes en dicha controveria, en relación con la selección, como veremos luego más detenidamente, la misma será conocida por un tribunal arbitral, de conformidad con el Anexo VII de la Convención.

En el artículo 287 de dicha Convención se establece que los Estados pueden elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno de los mecanismos mencionados en el mismo, para solucionar una controversia, entre los cuales, la Corte Internacional de Justicia. Si las partes en la controversia han escogido a la CIJ como medio para solucionar la controversia, se le estaría conferiendo a ésta en forma conjunta, la competencia para que pueda conocer un asunto.

Desde luego, es uan cuestión compleja que merece consideraciones diversas. La Corte podría ejecer su jurisdicción solamente si se cumple con determinadas exigencias. Debe tratarse de cuestiones entre Estados y que no estén excluidas, por el tenor de las declaraciones de aceptación de su jurisdicción formuladas en virtud del artículo 36-2 del Estatuto que pueden ser objeto, como veremos enseguida, de reservas lo que excluiría determinado tipo de controversias.

Es sin duda un tema complejo. Se puede, sin embargo, concluir que la Corte puede fundar su competencia en las declaraciones de aceptación formuladas por dos o mas Estados en virtud del citado artículo 287, al momento de expresar su consentimiento en vincularse a

la Convención, acuerdo que podría ubicarse en el contexto del artículo 36-1 de su Estatuto. Es interesante detacar que más de 45 Estados Partes en la Convención sobre Derecho del Mar han declarado aceptar como medio de solución de controversias, en el marco de la misma, la Corte Internacional de Justicia, lo que funda una importante relación convencional entre Estados Partes de la Convención, en favor de la jurisdicción de la Corte.

a. Las reservas en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción

Los Estados pueden formular **reservas** a las declaraciones o en los instrumentos de aceptación de la jurisdicción del Tribunal. Esta facultad de los Estados no se deduce claramente de las normas estatutarias. Tiene unfundamentoconsuetudinario.Durantelasdiscusionesen1945,cuando se adoptó la Carta, en el Subcomité IV, en relación con la inclusión de la facultad específica de los Estados para formular reservas, se concluyó que el artículo 36-3 del Estatuto "ha sido interpretado consistentemente en el pasado, permitiendo a los Estados que aceptan la jurisdicción de la Corte, someter sus declaraciones a reservas. El Subcomité consideró esta interpretación como establecida, en lo sucesivo...".

En virtud de ello, muchas de las declaraciones de aceptación de la jurisdicciónde lTribunal,formuladasporlosEstadosenvirtuddelartículo36-2delEstatuto,comoindicáramosantes,estánacompañadasdereservasque tienden a limitar su campo de aplicación en el tiempo o desde el punto de vista material. Algunas veces la aceptación es de duración limitada o comporta una facultad de denuncia con muy corto preaviso.

La Corte puede ser competente para conocer controversias entre dos Estados, pero la materia de que se trata puede estar excluida y por lo tanto no puede admitirla. La **competencia y la admisibilidad** son doscuestiones distintas.

En la practica, un Estado puede aceptar la jurisdiccion de la Corte, a la vez que rechaza su admisibildiad, como seria la Republica Democratica del Congo, en el Caso *Ahmadou Sadio Diallo*.Segun la RDC Guinea no tenia cualidad para actuar por cuanto lo derechos que pretende asegurar la protección serian derechos quepertencian a las sociedades de que se trataba, de nacionalidad congolesa, y no al señor

Diallo aquien trataba de proteger. Ademas, agrega la RDC en ese Caso, dichas sociedades no habrían agotado los recursos internos, lo que es fundamental para que pueda hacerse efectiva la protección diplomática.

Tambien en base a una reserva, un Estado puede solicitar la admisibildiad de una cuestión, aunque la Corte sea competencte para conocer una controversia entre los Estados partes en la controversia.

En el Caso de los *Fosfatos en Nauru*, por ejemplo, se observa que Nauru había formulado una reserva en su declaración del 29 de enero de 1988, en el sentido de que la declaración de aceptación no se extendía "a las controversias en relación con las cuales existía un mecanismo de solución en aplicación de un acuerdo entre la República de Nauru y otro Estado". Australia, por su parte, la parte demandada en este caso, también había formulado una reserva a su declaración de aceptación de la jurisdicción del Tribunal: "No se aplica a las controversias en relación con las cuales las partes hayan convenido o convienen recurrir a otro procedimiento de solución pacífica"[371]. Australia, sobre esta base, solicitó a la Corte que se declarare incompetente pues no podía conocer el caso sometido por Nauru por cuanto "en cualquier controversia que surja durante la tutela, entre la autoridad administradora y los habitantes autóctonos, era de la competencia exclusiva del Consejo de Administración Fiduciaria y de la Asamblea General de las Naciones Unidas"[372]. La Corte, tras analizar la cuestión, decidió que la excepción planteada por Australia tenía que ser rechazada[373].

En la práctica podemos observar varias declaraciones en las que se insertan reservas de diversa naturaleza que en cualquier caso afectan o disminuyen la efectividad de las declaraciones de aceptación de la jurisdicción del Tribunal.

La declaración de los Estados Unidos, de 1946, por ejemplo, excluía de la competencia del Tribunal "las controversias relacionadas con cuestiones relativas a la competencia exclusiva de los Estados Unidos, tal como sea fijado por ellos mismos". Esta determinación podría estar en contradicción con el artículo 36-2 del Estatuto que

---

371 CIJ. Rec. 1992, pár. 11.
372 CIJ. Rec. 1992. pár. 8.
373 CIJ. Rec. 1992, pár. 11.

establece que si hubiere dudas en cuanto a su competencia, la Corte decidirá. Esta reserva, por cierto, no fue argumentada por Estados Unidos, en el Caso de la controversia con Nicaragua antes referido, cuando se opuso a la competencia del Tribunal y a la admisibilidad de la demanda, por argumentos diferentes.

En la declaración de Canadá, del 10 de septiembre de 1985, se recoge casi textualmente esta reserva, agregando otras dos también importantes. El Gobierno de ese país "acepta como obligatoria y de pleno derecho y sin convención especial (...) la jurisdicción de la Corte en todas las controversias que se planteen después de la fecha de la declaración, en relación con situaciones o hechos posteriores a dicha declaración, distintos a: a) las controversias en relación con las cuales las partes en el proceso convinieron o convendrían en haber recurrido a otros medios de solución pacífica; b) las controversias con el Gobierno de otros países de la *Commonwealth*, controversias que serán solucionadas conforme a un método convenido entre las partes y c) las controversias relativas a las cuestiones que, según el derecho internacional, son de la exclusiva jurisdicción del Canadá".

Muchos otros Estados como Chipre, El Salvador, Bostwana, Honduras, India, Kenia, Malasia, Malta, Mauricio, Nauru, Reino Unido, Senegal, entre otros, también han formulado reservas expresas en sus respectivas declaraciones.

b. Las reservas y la reciprocidad

Las reservas tienen una relación muy estrecha con la condición de **reciprocidad** muchas veces incluida, también, en estas declaraciones. Por este mecanismo, el juego de las reservas se ampliaría reduciendo de forma muy significativa el alcance de la mayoría de estas declaraciones, lo que incide directamente en sus efectos.

El artículo 36-2 establece que los Estados partes en el Estatuto "pueden declarar en cualquier momento y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico". Y, en el artículo 36-3 se prevé que esa declaración puede hacerse "incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad".

Algunos Estados han declarado aceptar la jurisdicción del Tribunal, en forma pura y simple, como Haití y Nicaragua, lo que parece, en principio, concluir en que escaparían de la reciprocidad. Otros Estados han declarado aceptar la jurisdicción del Tribunal, con una referencia a la reciprocidad de acuerdo con los artículos antes citados del Estatuto. Tal sería el caso de Malawi, Luxemburgo, México, Nigeria, Noruega, Uganda, Panamá y Países Bajos, entre otros.

Si un Estado no somete en forma expresa su declaración a la reciprocidad, como sería el caso de las declaraciones citadas de Haití y Nicaragua, no podría significar que las mismas estarían revestidas de una incondicionalidad absoluta. Tal como indican algunos "habiendo sido formuladas en virtud del artículo 36, incluso si no lo citan explícitamente, las declaraciones no pueden escapar a la reciprocidad"[374].

La Corte Permanente examinó esta cuestión en el Caso de la *Electricidad de Sofía*. El Tribunal actual también tuvo que analizar este asunto en el Caso de los *Empréstitos noruegos* y en el de la *Anglo-Iranian Oil Co*.

En el Caso de las *Empréstitos noruegos,* Noruega —demandada— se prevalió de una reserva formulada por Francia en su declaración, relativa a la competencia exclusiva del Estado. Francia adujo entonces que su reserva no era aplicable y que por lo tanto la formulada por Noruega sobre esta base, tampoco, por el hecho de que había recurrido a la Corte. Por ello, la controversia no podría ser necesariamente de la competencia nacional, cuestión que fue rechazada por el Tribunal que se declaró incompetente, por 12 votos contra 3, en decisión preliminar del 6 de julio de 1957.

En el Caso de la *Anglo-Iranian Oil Co*, la Corte aplicó la tesis restrictiva de la aplicación de las reservas, al señalar en su decisión del 22 de julio de 1952 (Preliminar) que "...la competencia de la Corte depende de las declaraciones hechas por las partes conforme al artículo 36-2 bajo condición de reciprocidad. Mediante estas declaraciones la competencia le es conferida a la Corte sólo en la medida en que ellas

---

374 DECAUX, E., *La reciprocità en droit international*, LGDJ, París, 1980, p. 81.

coincidan en conferirla. Siendo la declaración de Irán más limitada que la del Reino Unido, es en ella que la Corte se ha de fundar"[375].

c. Las declaraciones de aceptación en el tiempo

Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción del Tribunal pueden ser formuladas por un **período indefinido** o, distintamente, por un **período determinado**, como lo indica el artículo 36-3 del Estatuto. Puede ocurrir que una cuestión sea sometida por un Estado, al Tribunal, sobre la base de declaraciones formuladas que aparentan ser base de competencia, pero que en realidad no están dentro del marco de tiempo previsto en la misma. En esos casos, la declaración, aunque existiese, no podría ser considerada como fundamento de la jurisdicción del Tribunal.

La voluntad de los Estados para aceptar la competencia del Tribunal debe ser válida en el momento en que una controversia surja entre ese Estado y otro que igualmente acepte su jurisdicción. Las Declaraciones deben tener **validez** en el momento de intentarse el procedimiento o que surja la controversia.

El momento de la entrada en vigor puede ser determinado en el texto unilateral de aceptación, como en el caso de la declaración de India, del 14 de diciembre de 1955, en la que se indica que "entrará en vigor en la fecha de su depósito ante el Secretario General de las Naciones Unidas; entrará en vigor por un año y luego hasta que se notifique su denuncia al Secretario General".

La Corte debe constatar la validez de las declaraciones en el momento en que se le somete la controversia. Una vez planteada ésta —ha indicado el Tribunal— debe ejercer sus poderes tal como están definidos en el Estatuto.

d. El depósito de las declaraciones de aceptación

Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte "serán remitidas para su **depósito** al Secretario General de las Naciones Unidas quien transmitirá copia de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte", según lo prevé el artículo 36-4 del Estatuto. La

[375] CIJ, Rec. 1952, pár. 103.

declaración de aceptación de la jurisdicción del Tribunal surtiría efectos, entonces, a partir del momento en que se deposite ante el Secretario General. Esa sería la fecha en que entraría en vigor, ya que con ello se completa el proceso de contraer obligaciones internacionales. La fecha del depósito de la declaración unilateral ante el Secretario General determinaría la fecha de su entrada en vigor en relación con los otros Estados.

La Corte ha debido examinar en varias oportunidades, la validez de una declaración de aceptación de la competencia de la Corte. En el caso del *Derecho de paso*, por ejemplo, la Corte examinó una excepción planteada por India en relación con la validez de la declaración de Portugal que no había sido distribuida dentro de un plazo razonable de acuerdo con el artículo 36-4, antes citado. La Corte consideró entonces que el efecto jurídico de la declaración era independiente de la manera en que el Secretario cumplía con las obligaciones que le imponía el citado artículo 36-4 del Estatuto.

El Tribunal tuvo que examinar también esta cuestión en el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989.* Senegal formuló en este caso dos excepciones preliminares a la demanda planteada por Guinea Bissau. Una de estas excepciones estaba relacionada con la materia y otra con el tiempo. La declaración era válida —según Senegal— sólo para asuntos que pudieran presentarse después de formulada la misma; la cuestión planteada estaba excluida de la competencia del Tribunal por cuanto había surgido antes del 2 de diciembre de 1985, es decir, antes de que formulara su declaración.

Pero, en realidad, tal como lo convinieron las partes, había una diferencia entre la controversia relativa al laudo y la controversia relativa al fondo de la cuestión, es decir, a la delimitación marítima. Sólo la primera era el objeto de esta controversia por lo que el planteamiento de Senegal no tendría efectos en el caso de la nulidad de la sentencia arbitral, controversia que surge después de 1985.

v. *Forum prorrogatum*

Finalmente, hay otra posibilidad de aceptar la jurisdicción del tribunal. La aceptación tácita de la jurisdicción de la Corte, es decir, la

aceptación por actos concluyentes, que obliga al Estado con base en el principio del *estoppel* y de la buena fe.

El consentimiento del Estado puede ser expresado después de presentada la demanda por el mismo, como se ha visto en la práctica. El principio o teoría del *forum prorrogatum*, institución de origen pretoriano, consiste esencialmente, como anota Rousseau, en "una extensión de la competencia del juez internacional"[376]. Este principio aplicado a la jurisdicción internacional es otra forma de aceptación de la competencia del Tribunal. Se trata al decir de Díez de Velasco de "un concepto jurídico procesal perfectamente determinado y constituido dentro de la teoría procesal interna y que ha sido recogido por la doctrina internacional"[377]. El *forum prorrogatum* sería, como dice Dubisson "la extensión por el consentimiento de las partes en causa, de la competencia del Tribunal para un caso que, según las reglas ordinarias, no le competería"[378]. En otras palabras, como se presenta en el Diccionario de Derecho Internacional, es "la extesnión de la competencia de un tribunal internacional para conocer un asunto, cuando la voluntad de las partes emana de actos concluyentes. Extesnión de la competencia de la CIJ y tribunales internacionales, con base a una expresión no formal de la voluntad de las partes en el proceso".379

La voluntad de un Estado de someter una controversia a la Corte puede resultar, entonces, no sólo de una declaración expresa, sino también de cualquier **acto concluyente**. La Corte se ha referido a la competencia sobre la base de actos concluyentes, en varias de sus decisiones. En el Caso *Mavrommatis*, por ejemplo, el Tribunal consideró esta cuestión, en particular, el **consentimiento implícito** de aceptación de la jurisdicción del Tribunal, por el Reino Unido. La Corte consideró que este consentimiento implícito "conducía así a la Corte a extender su competencia". En el Caso de las *Escuelas minoritarias en Alta Silesia*, por ejemplo, el Tribunal indicó que "no parece nada dudoso que la voluntad de un Estado de someter una controversia a la Corte pueda resultar, **no**

---

376 ROUSSEAU, Ch. Op. cit. p. 398.

377 DIEZ DE VELASCO, op. cit. p. 664.

378 DUBISSON, M..*La Cour Internationale de Justice. Terminologie de Droit international public*, p. 199, LGDJ, París. 1964.

379Diccionario de Derecho Inetrnacional, cit. El Nacional, Caracas, 2012.

sólo de una declaración expresa, sino también de actos concluyentes." Más adelante precisó que no había "**ninguna regla que prescriba que el consentimiento debe ser dado por una declaración explícita antes que por actos concluyentes**"[380].(negrillas nuestras).

El caso más claro e interesante, es el relativo al *Estrecho de Corfú* (Excepción preliminar) en el cual el Consejo de Seguridad recomendó someter a la Corte la controversia sobre el Estrecho de Corfú, entre Reino Unido y Albania lo que no constituía un compromiso entre las dos partes. El Reino Unido consideraba que la competencia de la Corte se fundaba en los artículos 36-3 y 25 de la Carta.

Albania, por su parte, declaró que el Reino Unido no podía recurrir unilateralmente ante el Tribunal, si no había un compromiso previo entre las dos partes. Sin embargo, agregó que "estaba dispuesta, a pesar de la irregularidad cometida por el Gobierno británico, de presentarse ante la Corte". El Tribunal consideró que la Carta del gobierno albanés del 2 de julio de 1947, un acto unilateral, era irrevocable por lo que, independientemente del alcance y de los efectos de la recomendación del Consejo de Seguridad, era suficiente para fundamentar su competencia.

La Corte se ha pronunciado en igual sentido en otros casos que traemos de referencia. Así, en el Caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo,* en cuyo contexto la República Democrática del Congo planteó a la Corte que "la voluntad de un Estado de someter una controversia a la Corte puede resultar no solamente de una declaración expresa si no de un acto concluyente, en particular, del comportamiento del Estado demandado después de introducida la demanda". En ese Caso la RDC señaló en concreto que "la aceptación del demandado (Ruanda) de participar en el proceso equivalía a la aceptación de la competencia".381

La Corte, sin embargo, concluyó en que Ruanda había objetado la competencia de la Corte en todo momento y que por lo tanto, su actitud no podía ser considerada como "una manifestación no equívoca de la voluntad del Estado de aceptar de manera voluntaria, indiscutible, la

---

380 CPJI, Serie A. No 15.

381CIJ, Rec.2006, p.18, pár.19.

competencia de la Corte".382 El hecho de que Ruanda haya –como dice la RDC- "asumido plena y dignamente las diferentes instancias del proceso sin hacerse representar ni declararse ausente y que no haya rechazado participar y concluir no puede ser interpretado como una expresión de su consentimiento de la competencia de la Corte para conocer el fondo, en la medida en que el objeto mismo de su participación era contestar esa competencia.383

En todo caso, lo que es aplicable en términos generales a la aceptación de la jurisdicción del tribiunal, el **consentimiento** del Estado debe ser **claro**, incluso en los actos que imèplícitamente pudieren contener tal aceptación, para que pueda constituir base de competencia del Tribunal. En el Caso *Ambatielos* la Corte se pronunció en este sentido, al indicar que "el consentimiento de las partes debe ser **inequívoco** y, en la duda, el juez internacional se declarará incompetente"[384].

b. La negociación diplomática y el recurso a la Corte

La **negociación diplomática,** como vimos antes, es un medio desolución de controversias mediante el cual las partes tratan de llegar a un acuerdo sin la intervención de terceros. Este mecanismo puede permitir, además, en caso de que no se logre la solución de la controversia, la selección de un medio distinto. En algunos casos, como lo señaló la Corte en el Caso de la *Plataforma continental en el mar Egeo*, mediante la negociación se puede resolver no sólo el fondo de la controversia, sino la controversia que se pueda plantear por la escogencia del medio de solución. En ese Caso la Corte dijo estar ante una doble controversia.

El agotamiento de la negociación diplomática no está contemplado en ninguna de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, ni del Estatuto del Tribunal. De manera que, como lo señala la mayor parte de la doctrina, no es obligatorio agotar las negociación diplomática, para recurrir a la Corte. **La obligatoriedad se fundamentaría sólo en normas convencionales** en las que se refleje la

382Misma Decisión, p.19, pár.22.
383 Misma Decisión. P.19, pár 22. CIJ. Rec. 1951, pp: 113-114.
384 CIJ. Rec. 1952,p. 39.

voluntad de las partes de subordinar el recurso a la Corte a la negociación diplomática previa.

Esta obligación no podría estar fundada, en consecuencia, en una norma de derecho consuetudinario, como lo pretendió India —demandado— en el Caso del *Derecho de paso* cuando opuso a Portugal —demandante— una excepción de inadmisibilidad por considerar que no se había agotado la negociación diplomática antes de recurrir a la Corte. Para India, la demanda era inadmisible por cuanto no se ajustaba al derecho consuetudinario que le obligaba a emprender negociaciones diplomáticas y continuarlas hasta el momento en que se considerase inútil dicha continuación.

La mayor parte de la doctrina, como se señaló antes, difiere de la tesis de India, al rechazar que la fundamentación de la obligación de negociar previamente era de **derecho consuetudinario**[385]. Es sólo sobre la base de una **norma convencional** que podría fundarse el carácter obligatorio del recurso a la negociación diplomática, como medio preliminar al recurso al Tribunal. En el Caso *Mavrommatis* las partes, Reino Unido y Grecia, fundamentaron la obligatoriedad de este recurso previo, en sus declaraciones de aceptación de la jurisdicción del Tribunal. Pero, otras cuestiones se plantean: si debe agotarse el recurso y cuando se le puede considerar agotado.

En el Caso *Mavrommatis,* el Reino Unido, demandante, argumentó que este recurso estaba **agotado** al considerar que "la correspondencia entre las partes era rara y lacónica". El Tribunal indicó entonces que una negociación no supone siempre, ni necesariamente, una serie más o menos larga de notas y comunicaciones; puede ser suficiente que una conversación se haya iniciado; esta conversación ha podido ser corta: ese es el caso si ha encontrado un punto muerto o si se ha enfrentado a un *non possumus* o un *non volumus* perentorio de una de las partes que evidencie entonces que la controversia no es susceptible de ser solucionada por una negociación directa[386].

---

385 BOURQUIN, M. *Dans quelle mesure le recours a des negociations diplomatiques est-il necessaire avant qu'un différend puisse etre soumise a la jurisdiction de la Cour ? Mélanges Badesvant*, Pédone, París, 1960, p. 46.

386 CPJI, Serie 1, No. 2, p. 3.

Tal como dijimos antes, en el Caso de *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria,* la Corte dijo en su Decisión sobre las Excepciones Preliminares que "no existe en la Carta ni en el Derecho Internacional una regla general según la cual el agotamiento de las negociaciones diplomáticas sea un preliminar al recurso a la Corte"387 lo que es confirmado por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en relación con el Caso del *Navío Louise388.*

La negociación diplomática se puede celebrar al mismo tiempo que el arreglo judicial, como bien lo ha señalado el Tribunal. Ambos mecanismos no son excluyentes, como lo ha dicho la misma Corte. Por el contrario, resultan complementarios, además dee útiles para solucionar una controversia. Se pueden apreciar varios ejemplos de casos en que las **negociaciones diplomáticas y el recurso al arreglo judicial** se han desarrollado *pari passu*[389].En el Caso de la*Plataforma continental en el mar Egeo* el tribunal dijo que "la negociación y el arreglo judicial son citados como medios de solución de controversias en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. La jurisprudencia de la Corte muestra varios ejemplos de Casos en los cuales las negociaciones y el arreglo judicial son llevadas al mismo tiempo (*Prisioneros de guerra paskitaníes,* CIJ.Rec.1973, p.347)). **La negociación simultánea no es un obstáculo a la función judicial de la Corte.**" (negrillas nuestras)

En el Caso de las *Actividades militares contra Nicaragua* la Corte indicó que "ni siquiera la existencia de negociaciones activas en las que participen ambas partes debe impedir al Consejo de Seguridad y a la Corte ejercer sus funciones separadas en virtud de la Carta y del Estatuto de la Corte[390].

Más recientemente el Tribunal se refirió a negociaciones que no podían ser consideradas negociaciones diplomáticas en el sentido estricto del término, cuando debió decidir sobre una excepción de inadmisibilidad propuesta por Honduras, a la demanda intentada por Nicaragua, en la que este Estado solicitó al Tribunal que se determinara la responsabilidad del primero por haber violado normas

387 CIJ. Rec.1998, pp.275-303.
388Providencia del 23 de dicembre de 2010, p.15, pár. 64.
389 CIJ, Rec. 1980, pár. 43.
390 CIJ, Rec. 1984, pár. 106, p. 440.

convencionales universales y regionales, y de carácter consuetudinario, relacionadas con el recurso o la amenaza de la fuerza y con actos contra la integridad territorial y la soberanía de otro Estado.

Honduras indicó que sobre la base del artículo II del Pacto de Bogotá, se debía agotar el recurso previo de la negociación diplomática, en funcionamiento, según Honduras, dentro del marco del proceso de paz de la región, en particular, por el Grupo Contadora. Honduras señaló que las negociaciones de paz en la región dentro del Grupo de Contadora, constituían negociaciones diplomáticas directas entre las partes y que las mismas no se habían agotado.

La Corte examinó exhaustivamente el proceso de paz en la región, la acción del Grupo Contadora y los esfuerzos que se inician en 1983 y que habrían de fracasar más tarde, en junio de 1986, cuando los países de la región no aprobaron el proyecto de acuerdo propuesto. El proceso de Contadora constituyó un mecanismo de solución pacífica muy particular. Fue una combinación de consultas, negociación y mediación que quizás lo haga muy específico y diferente a los otros mecanismos previstos en el artículo 33-1 de la Carta.

Para la Corte, el proceso de Contadora, que Honduras había aceptado, por la presencia y la acción de terceros Estados, se diferencia profundamente de las negociaciones directas a través de las vías diplomáticas ordinarias. No entran —agrega el Tribunal— en las previsiones correspondientes del artículo II del Pacto de Bogotá. Además, ninguna otra negociación que responda a las condiciones fijadas por este texto se estaría realizando para el 28 de julio de 1986, fecha en que Nicaragua introdujo la demanda ante el Tribunal[391].

El Tribunal parece reconocer entonces que el recurso a las negociaciones no es obligatorio. Su obligatoriedad podría tener sólo una base convencional; además, que deben agotarse antes de que le sea sometida una cuestión y, por otra parte, que pueden desarrollarse simultáneamente al recurso al arreglo judicial.

Refiriéndonos en particular a los textos constitutivos de organizaciones internacionales podemos observar que, por lo general, el recurso

[391] CIJ, Rec. 1986, pár. 75.

a la Corte es complementario, en el sentido de que sólo sería posible tras agotar recursos previos, como la negociación directa entre las partes, la conciliación o la mediación. Otras veces se presenta como medio alternativo de otros mecanismos, incluso del arbitraje, como sería el caso del texto constitutivo de la ONUDI.

En este caso si la controversia planteada no se resuelve mediante la negociación directa, la cuestión debe someterse a una instancia complementaria que puede ser un órgano de la Organización, generalmente no especializado, o un órgano externo a la misma, casi siempre un órgano jurisdiccional, como una Comisión de Conciliación de ese carácter o un Tribunal arbitral o la Corte Internacional de Justicia.

Algunos Tratados Internacionales contienen, dentro de sus cláusulas de solución de controversias, la negociación como mecanismo previo. Es el caso de la **Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,** de 1987, objeto de la controversia entre Bélgica y Senegal, en el Caso relativo a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar,* referido cuando se examinaba la definición del término controversia.

En este instrumento se incluye en su artículo 30 una cláusula mediante la cual se establece que cuando surja una controversia entre las partes, por la interpertación o la aplicación de la misma, "que no pueda solucionarse mediante negociaciones, se someterá al arbitraje a solicitud de una de ellas." Y, "si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte." lo que fue aceptado previamente por las partes al ratificar la Convención.

Bélgica alegó en ese Caso, al intentar la demanda en contra de Senegal, que desde 2005 **se habían mantenido sin éxito negociaciones entre ambos Estados y que a su juicio, en junio de 2006, habían fracasado definitivamente.** La Corte examinó las condiciones previstas en el artículo 30 citado, es decir, si se habían agotado las negociaciones y si no había sido posible organizar un arbitraje y concluye que la

controversia no podía ser solucionada por via de negociaciones392. La Corte concluyó que tiene competencia para conocer la controversia sobre la interpretación y aplicación de los artículos 26-2 y 7-1 de la Convención.

c. El procedimiento ante la Corte

i. El procedimiento contencioso

La Corte ejerce sus funciones jurisdiccionales con base en lo establecido en la **Carta de las Naciones Unidas** (Capítulo XIV); el **Estatuto** anexo (Capítulo III, arts. 39 a 64); el **Reglamento** (Título III), adoptado conforme al artículo 30 del Estatuto, el 14 de abril de 1978, siendo enmendado el 14 de abril de 2005; las **Instrucciones de Procedimiento** y la **Resolución relativa a la práctica interna del Tribunal en materia judicial,** del 12 de abril de 1976, que como la ha dicho la misma Corte, completan el Reglamento (Decisión del 19 de noviembre de 2012, en el Caso de la *Controversia territorial y marítima*entre Nicaragua y Colombia. CIJ,Rec.2012, p. 9, pár.12). Por lo general, las reglas procesales son predeterminadas, teniendo las partes poca influencia en su definición.

Las normas estatutarias no pueden ser modificadas por el simple consentimiento de las partes, pues una revisión sólo es posible mediante el complejo proceso previsto en relación con la Carta. Distintamente, la revisión de las normas reglamentarias es más flexible. Las partes pueden tener una participación relativa en cuanto a su establecimiento. La revisión de la **Resolución de la Práctica Interna**, de carácter procesal-organizativo, es igualmente flexible, según se desprende de su misma redacción.

En el Caso del *Derecho de asilo*, la Corte fue clara al reiterar que **las normas estatutarias no podían ser derogadas sobre la base del consentimiento de las partes en el proceso**, cuando señaló que el proceso tenía que estar dividido en dos fases —escrito y oral— y que no podían renunciar a la segunda. Las partes en el proceso no pueden ejercer, en principio, como en el proceso arbitral, ninguna influencia en

392 CIJ.Rec.2012, p.24, pór.60.

la determinación de estas reglas salvo en la medida en que lo permita el Reglamento y otras normas no estatutarias. En determinados casos, pueden proponer de común acuerdo modificaciones o adiciones particulares a los artículos 30 a 100 del Reglamento, siempre, desde luego, sujeto a la aprobación de la Corte o de la Sala Especial, si el asunto de que se trata ha sido remitido a esta instancia particular, según lo establece el artículo 101 del Reglamento.

En la práctica, sin embargo, se observa que las partes pueden ejercer una influencia importante en la organización del proceso, mediante la acción de sus agentes, quienes son convocados por el Presidente del Tribunal, cuando se requiere fijar las fechas o plazos para depósitos de Memorias, Contramemorias o documentos. Las partes pueden solicitar a la Corte que se posterguen las fechas de apertura del proceso oral, como se puede apreciar en varios casos, entre los cuales, el de las *Acciones Fronterizas y Transfronterizas,* en el que en nota conjunta del 13 de agosto de 1987, los agentes de las dos partes —Nicaragua y Honduras— informaron a la Corte que había sido concluido un acuerdo entre los Presidentes —de los dos países— en el que se comprometen a solicitar a la Corte la postergación, por un período de tres meses, de la apertura del proceso oral sobre la cuestión de la competencia[393].

La Corte, con el interés de facilitar el proceso, acepta por lo general, las sugerencias de las partes. El Presidente, según el artículo 54 del Reglamento, en el caso arriba referido, decidió reenviar la apertura del proceso oral a una fecha ulterior que sería fijada después de consultar a los agentes, lo que evidencia la importancia del papel que desempeñan los agentes, en la organización del proceso.

El otro instrumento fundamental en el proceso, antes referido, es la **Resolución relativa a la práctica interna del Tribunal en materia judicial,** del 12 de abril de 1976 que desarrolla el artículo 21 del Reglamento. En este texto se establecen los plazos para que los jueces examinen los argumentos y las normas relacionadas con las deliberaciones y la adopción de las Decisiones y Opiniones Consultivas y la elaboración de las opiniones individuales de los jueces que se pueden adjuntar a las primeras.

---

[393] CIJ. Rec. 1988, pár. 8.

Las normas relativas al proceso deberían garantizar su celeridad, dentro de los parámetros de la mejor aplicación de la justicia. Sin embargo, no siempre la Corte ha logrado concluir los casos en el mejor tiempo. Muchos han ciriticado esta lentitud del tribunal, como lo hace Pellet en el Coloquio ante citado (*Quel droit international pour le 21e. siecle)* cuando critica la lentitud experimentada en Caso relativo a la *Aplcacion de la Convencion par la prevención y la represión del crimen de genocidio*, iniciado por demanda de Bosnia-Herzegovina, en 1993 y decidido después de muchos anos y numerosas incidencia, por Decision sobre el fondo, el 26 de febrero de 2007.

a. Incoación del procedimiento

El procedimiento ante la Corte se puede iniciar mediante la **notificación** de un compromiso, mediante el cual las partes, de mutuo acuerdo y conforme a ciertos arreglos, deciden someter una controversia al Tribunal; o bien por la presentación de una **demanda** unilateral, según lo establece el artículo 40-1 del Estatuto.

El Secretario toma nota inmediatamente del inicio del procedimiento y lo comunica a los Estados interesados y, por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas, a todos los Estados que puedan constituirse en parte en un proceso ante el Tribunal, de acuerdo con los artículos 40-2 y 40-3 del Estatuto.

i. El contenido de la demanda y de la notificación

En el escrito, en la medida de lo posible, se indicarán "los fundamentos de derecho en que se basa el demandante para considerar competente a la Corte; se indicará, además, la naturaleza precisa de lo demandado y contendrá una exposición sucinta de los hechos y fundamentos en que se basa la demanda"[394]. El escrito deberá estar firmado por el agente o por el representante diplomático del Estado

[394] Art. 38-2 del Reglamento de la CIJ.

demandante ante el Reino de los Países Bajos o cualquier persona debidamente autorizada para ello[395].

En la práctica, la parte o las partes que actúan, sea por demanda o por notificación, precisan a la Corte su solicitud, es decir, el **objeto** de la demanda, haciendo referencia a las cuestiones jurídicas, especialmente, si se trata de una demanda.

Así, por ejemplo, en el Caso de la *Controversia fronteriza*, sometida por acuerdo a la Corte, el 21 de julio de 2010, Burkina Faso y Níger, piden concretamente a la Corte: "1, Determinar la línea de la frontera entre los dos países en el sector astronómico de Tong-Tong (Latitud: 14º 25'04'' N/Longitud 00º 12'47'' E) al comienzo de Botou (latitud: 12º 36'18'' N/Longitud 00º 52'07'' E); 2. Aceptar el acuerdo de las partes como resultado de los trabajos de la Comisión Técnica Mixta de Abomemont de la frontera Burkina Fasso-Níger en cuanto a los sectores siguientes: a) El sector que va de los altos del N'Gouma al astronómico Tong Tong y b) el sector que va desde el comienzo de Boutou hasta el río Mekrou."

En el Caso reciente de *Ciertas actividades llevadas a cabo en la región fronteriza*, entre Costa Rica y Nicaragua, iniciado por demanda unilateral de Costa Rica, el 18 de noviembre de 2010, por "la pretendida incursión en el territorio costarricense del ejercito nicaragüense, que ocupa y utiliza una parte de Costa Rica así como la violación por Nicaragua de las obligaciones que le incumben hacia Costa Rica, en virtud de algunas Convenciones y de Tratados internacionales", Costa Rica pide decidir a la Corte que Nicaragua ha violado: a) El territorio de la República de Costa Rica, tal como se ha convenido y delimitado por el tratado de límites de 1858, la Sentencia Cleveland así como las dos primeras decisiones Alexander; b) los principios fundamentales de la integridad territorial y de la prohibición del empleo de la fuerza, consagrados por la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA; c) la obligación de Nicaragua derivada del artículo IX del tratado de límites de 1858 de no utilizar el río San Juan para perpetrar actos hostiles; d) la obligación de no causar daños al territorio costarricense; e) la obligación de no desviar artificialmente el San Juan de su curso natural sin el consentimiento de Costa Rica; f) la obligación de no prohibir la navegación de ciudadanos

[395] Art. 38-3 del Reglamento de la CIJ.

de Costa Rica por el río San Juan; g) la obligación de no llevar a cabo operaciones de dragado en el San Juan si estas actividades causan daño al territorio costarricense (comprendido el Colorado) conforme a la Sentencia Cleveland de 1888; h) las obligaciones que emanan de la Convención de RAMSAR sobre los humedales; i) la obligación de no agravar o extender la controversia, por actos dirigidos a Costa Rica, y que consistan especialmente en extender la porción del territorio costarricense invadido y ocupado, o por la adopción de cualquier medida o las actividades que afecten la integridad territorial de Costa Rica en violación del Derecho Internacional".

También es precisa la demanda introducida por Nicaragua en contra de Costa Rica, el 22 de diciembre de 2011, en el Caso de *Violaciones de su soberanía u daños importantes causados al medio ambiente, en su territorio,* por la violación de las obligaciones derivadas de los distintos tratados e instrumentos relativos a la delimitación entre los dos países, de no violar la integridad territorial de Nicaragua y otras normas de derecho internacional relacionadas con el medio ambiente.

A veces el **objeto de la demanda**, sin embargo, aunque se pueda deducir fácilmente de lo expresado en la misma, no es siempre presentado en forma precisa. En el caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989*, por ejemplo, el objeto de la demanda intentada por Guinea Bissau, de acuerdo con lo que se desprende de sus conclusiones y de lo entendido por el Tribunal, es "una acción de inexistencia y de nulidad de la sentencia del Tribunal y no una apelación de dicha sentencia o una demanda de revisión"[396].

A veces, el objeto se deduce de la demanda, los alegatos y las conclusiones. En el caso de la *Delimitación marítima situada en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen* que intentó Dinamarca contra Noruega, el objeto de la demanda, según se desprende del planteamiento que hace Dinamarca al Tribunal, es la delimitación entre las zonas de pesca y la plataforma continental de Dinamarca y de Noruega en las aguas que separan Groenlandia de Jan Mayen; más concretamente, es la precisión de la línea de demarcación lo que se plantea en este caso.

---

396 CIJ. Rec. 1991, pár. 25.

La Corte puede negarse a adoptar una decisión cuando considera que **no existe el objeto de la demanda**, como se planteó en el caso de los *Ensayos nucleares*. En este caso, la Corte concluyó que Francia había asumido un compromiso mediante declaraciones públicas de alcance y efectos internacionales y de contenido jurídico. La Corte indicó que no le incumbía si ese compromiso iba a ser o no observado por Francia, en el futuro; y, consideró, que la demanda no tenía ya objeto y que, por consiguiente, no estaba obligada a fallar al respecto[397].

Por otra parte, tal como se ha pronunciado la misma Corte, **el objeto de la demanda no puede ser modificado durante el proceso**, incluso, en la Memoria. La Corte ha dicho que el objeto de la demanda es el que se establece en la demanda o como dijimos, el que se puede deducir de la actuación de la parte demandante. La demanda no puede ser modificada durante el proceso pues estaríamos, en estos casos, ante procesos distintos que merecerían una consideración diferente.

En el Caso de *la administración del príncipe von Pless* (excepción preliminar), la CPJI dijo que "es en la demanda que se indica el objeto de la controversia (...) la Memoria, aunque en ella se esclarezcan los términos de la demanda, no puede ir más allá de lo que la demanda contiene" (CPJI. Serie A/B, No 52, Ordenanza del del 4 de febrero de 1933, p.14).

La Corte ha recahzado una "nueva demanda o adicional", como en el caso de *Ciertas tierras de fosfatos en Naurú*, cuando consideró que la demanda solamente podía ser considerada sí ella "implícitamente estaba contenida en al demanda" (CIJ, Rec. 1992, p.266, pár. 67).

Es claro pues que el demandante no puede modificar su demanda original, aunque ello no significa que la misma sea o deba ser automáticamente declarada inadmisible por la Corte. En el Caso de la *Controvesia territorial y marítima en el mar Caribe* Colombia plantea la inadmisibilidad de una supuesta "nueva demanda" o "demanda adicional" de Nicaragua, contenida en su Réplica, que resultaba distinta a la demanda e incluso a la Memoria presenada antes(CIJ, Rec.2012, p.41, pár.107). En este Caso la Corte constata que "desde un punto de vista formal la demanda presentada por Nicaragua en el punto I.3 de

[397] CIJ. Rec. 1974,pár. 62.

sus conclusiones finales (...) constituye una demanda nueva en relación con la demanda incial y lo planteado en la Memoria." Este hecho no la hace inadmisible *per se* según la Corte. (Misma Decisión, p.41, pár.109). La novedad de la demanda no es decisiva en si en lo que respecta a la inadmisbilidad, considera la Corte. (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Hondurasen el mar Caribe, CIJ*CIJ, Rec.2007 (II), p.695, pár.110).

En todo caso, para que una **nueva demanda** o una **demanda modificada** –en relación con la demanda incial- pueda ser admitida en el proceso, ella debe estar **implícitamente contenida** en al **demanda original o derivarse directamente de la cuestión objeto de esa demanda**. En es el Caso citado en Nicaragua y Colombia la Corte consideró que el objeto de la demanda no había sido cambiado o modificado; solamente, los argumentos jurídicos. De manera que aunque hay fundamentos jurídicos diferentes, la nueva demanda se relaciona siempre con la delimitación de la plataforma continental (CIJ.Rec.2012, p.42, pár. 111).

ii. La actuación de las partes: los agentes

De conformidad con lo previsto en el artículo 40-1 del Reglamento, por lo general, excepto cuando se trata de la situación planteada en el artículo 38-5 de este mismo texto "todos los actos realizados en nombre de las partes después de haberse incoado un procedimiento serán efectuadaspor agentes"quienes ejercen una funciónprimor-dialenelproceso, no sólo en lo que respecta a la representación de las partes, sino en lo que se refiere a la organización del proceso mismo, como señalamos antes.

El Presidente solicita siempre la opinión de las partes en materia de procedimiento. Los agentes son convocados por el Presidente lo antes posible, después de su designación como tales y, ulteriormente, siempre y cuando sea necesario, como lo indica el artículo 31 del Reglamento.

Los agentes pueden hacer valer su opinión ante el Presidente en lo que respecta a la fijación de plazos. En la práctica esto es frecuente. En el Casodel*Incidenteaéreodel3dejuliode1988*elTribunal,antesde fijar fechas, hizo referencia expresa al acuerdo de las partes; indicó entonces que

"considerando que durante una reunión entre el Vice-Presidente de la Corte y los representantes de las partes, del 28 de marzo de 1991, la República Islámica de Irán solicitó que se fijara un plazo de aproximadamente 8 meses para la presentación y que los Estados Unidos dieron su acuerdo..."[398].

También en el Caso relativo a *Timor Oriental,* el Tribunal, en una Providencia u Ordenanza, indicó que "considerando que durante una reunión que el Presidente sostuvo con los agentes de las partes, el 2 de mayo de 1991, las partes convienen en los plazos que se fijan enseguida..."[399]. En el Caso de los *Fosfatos en Nauru*, la Corte señaló una vez más, en su Providencia del 8 de febrero de 1991, que "después de haber sido informada por las partes, fijan para el 19 de julio de 1991, la fecha de expiración del plazo en el cual Nauru podrá presentar una exposición escrita que contenga sus observaciones..." Más adelante, en el Caso de la *Interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971*, la Corte señala que "considerando que durante una reunión del Vice-presidente de la Corte, ejerciendo la función de Presidente en el caso, con los representantes de las Partes, el 5 de junio de 1992, las Partes convienen en la fijación de los siguientes plazos..."[400].

Los **agentes** son generalmente funcionarios del más alto rango del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Estados Partes en el proceso, el Ministro de Justicia, Procurador General de la República o, lo que ha sido lo más frecuente en los últimos casos, los Embajadores en los Países Bajos. La responsabilidad del agente es muy importante, ya que todos sus actos comprometen al Estado que representan.

Además de los agentes, participan en representación de las partes, **co-agentes, Consejeros y abogados**, en número que varía en cada asunto pero que no resulta, en ningún caso, excesivo. Las lista de todos los representantes designados por las partes, es siempre presentada al comienzo de la Decisión, después de la lista de los jueces; de los jueces *ad hoc*, si fuere el caso, y del Secretario.

---

398 Providencia del 9 de abril de 1991, p. 7.
399 Providencia del 9 de mayo de 1991, p. 9.
400 Providencia del 19 de junio de 1992.

iii. La inhibición y la recusación de un juez

De acuerdo con el artículo 24 del Estatuto un juez puede comunicar al Presidente que no actuaría en un caso determinado, es decir, podría **inhibirse**, como ha ocurrido en la práctica en varias ocasiones.El Presidente puede, por otra parte, solicitarle a un Juez que no participe en determinado caso. También, como en los procedimeintos internos, un Estado parte en la controversia o interesado en ella, puede plantear la **recusación** de un juez.

En la práctica, tanto contenciosa como consultiva, estas situaciones se han planteado endiversasocasiones.Un juez está**impedido** de participar en la decisión de un caso en el cual haya participado anteriormente como agente, abogado, consejero o miembro de un tribunal nacional o internacional o en cualquier otra condición, como lo establece el artículo 17-2 del Estatuto. En el Caso de la *Sentencia del 31 de julio de 1989*, el Juez Bedjaoui, quien había formado parte del Tribunal arbitral cuya nulidad se planteaba a la Corte de La Haya, se inhibió y no formó parte como juez, en este proceso.

EnelCaso del*ProyectoGabcíkovo-Nagymaros*seljuezTomka,denacionalidadeslovaca, se **excusó** de entender de la causa, según lo previsto en el Artículo 24 del Estatuto de la Corte. La razón habría sido que el juez Tomka había actuado como Agente del Gobierno eslovaco en fase anterior a su designación como Juez permanente de la Corte. Eslovaquia designó, en consecuencia, al Sr. Krzysztof J. Skubiszewski magistrado *ad hoc.*

En el Caso de *Ciertos procedimientos penales*, el juez Abraham, de nacionalidad francesa, también, por haber sido agente de Francia al comenzar el proceso, se inhibió de actuar en el Caso.En un asunto reciente, observamos la no participación del juez Gaia en el proceso planteado por Nicaragua en contra de Colombia (*Controversia territorial y marítima en el mar Caribe*), por cuanto antes había actuado como Abogado de Nicaragua, lo que evidentemente impedía su participación.

Por otra parte, es probable también que se solicite la **no participación** de un juez en un proceso, es decir, que se recuse a un juez del tribunal por distintas razones, que en todo caso se traducen en la

"posible" no objetividad del mismo en el tratamiento del Caso por sus posiciones o relaciones anteriores con el mismo o con el asunto de que se trate.

En el Caso relativo a las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia* el gobierno sudfricano formuló **objeciones** a la participación de tres jueces que antes, en su condición de representantes de sus respectivos gobiernos, habían hecho declaraciones en la Asamblea General sobre esta cuestión.La Corte rechazó esta solicitud en los siguientes términos: "para cada uno de ellos, la Corte llega a la conclusión de que la participación de un juez en cuestión, como representante de su gobierno (...) no exigía la aplicación del artículo 17-2 del Estatuto"401 . A igual conclusión llega en relación con los otros dos jueces cuestionados por Sudáfrica. Recordó entonces la Corte decisiones de su predecesora, la CIPJ, en las que la Corte no negó la participación de algunos jueces que habían participado en la elaboraciónde tratados, como representantes de sus gobiernos, aunque la Corte debía interpretar esos textos.402

La **recusación** de un juez fue planteada mas recientemente en un proceso consultivo. En el Asunto *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado*, Israel planteó la inhibición del juez Elaraby, a quien consideraba que no debía participar como juez en esta cuestión, lo que la Corte rechazó por 13 votos contra uno, mediante Ordenanza motivada del 30 de enero de 2004, tal como recogido en la Opinión Consultiva403 emitida entonces.

Resulta interesante subrayar que, distintamente, la Corte sugiere en sus Instrucciones de procedimiento enmendadas el 2006 que "no es del interés de una buena administración de justicia que una persona que haya sido en fecha reciente miembro de la Corte, juez *ad hoc*, Secretario, Secretario Adjunto o funcionario superior de la Corte intervenga como agente, consejero o abogado en un caso ante el tribunal".

---

401 CIJ.Rec.1971, p.19, pár.9.
402CPJI. serie A No I , p. I I ;C.P.J.I. série C No.84, p. 535; C.P.J.I. serie E No.4, p. 262; C.P.J.I. série E No.8, p. 242.
403 CIJ.Rec.2004. p.142, pár. 8.

b. El procedimiento escrito

El procedimiento ante la Corte, tal como lo prevé el artículo 43-1 del Estatuto, tiene dos fases claramente definidas: una **escrita** y otra **oral.** En el artículo 43-2 de este mismo texto se señala, en particular, que el **procedimiento escrito** comprenderá la comunicación a la Corte y a las partes, de la Memoria, la Contromemoria; y,sifuere necesario,deRéplica y Dúplica, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas.

La fase escrita del proceso se fija mediante una Providencia u Ordenanza en la que se especifica el número de escritos, el orden de presentación y los plazos, los cuales pueden ser prorrogados a petición de una de las partes. Como se señalara antes, las partes pueden sugerir a la Corte la fijación de los plazos para la presentación de documentos.

i. La fijación de los plazos

Los plazos son fijados por lo general, como dijimos, mediante una Providencia u Ordenanza, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento. En algunos casos los plazos, sin embargo, pueden ser fijados en una Decisión Preliminar que adopta el Tribunal sobre su propia competencia, como ocurrió, por ejemplo, en los casos *Nottebohm* y *Derecho de Paso*. La Corte puede también fijar los plazos en el acto por el cual se indican medidas precautelares, como sucedió en el Caso de las *Pruebas Nucleares* y en el de los *Prisioneros de Guerra pakistaníes*.

En el Caso, por ejemplo, de la *Controversia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos,* la Corte mediante Providencia del 29 de noviembre de 2005 fijó el 29 de agosto de 2006 y el 29 de mayo de 2007, respectivamente, las fechas de expiración de los plazos para el depósito de la memoria de Costa Rica y de la Contramemoria de Nicaragua. Más tarde, la Corte, por Providencia del 9 de octubre de 2007 autorizó la presentación de una Réplica por Costa Rica y de una Dúplica, por Nicaragua y fijó la fecha de expiración, respectivamente, para el 15 de enero de 2008 y el 15 de julio de 2008.

La Corte puede también autorizar, en virtud del artículo 56-2 del Reglamento, la **producción de documentos** si la otra parte lo acepta. En este ultimo caso, deberá autorizar a la otra parte a comentarlos

ulteriormente. En el mismo asunto de la *Controversia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos,* Costa Rica, por carta del 27 de noviembre de 2008, solicitó producir nuevos documentos. Nicaragua, por su parte, por carta del 10 de diciembre de 2008, no aceptó tal acto. La Corte, en aplicación del artículo 56-2 del Reglamento, decidió autorizar la producción de cuatro de los cinco documentos en cuestión.

A los efectos de la preparación de las Providencias dictadas de conformidad con el párrafo 1 del mismo artículo "se tendrá en cuenta cualquier acuerdo a que hayan podido llegar las partes siempre y cuando no ocasione un retraso injustificado". En la práctica esto ha ocurrido con cierta frecuencia. Así, por ejemplo, las partes influyeron en la organización del proceso en el Caso de la *Controversia fronteriza*, entre El Salvador y Honduras. En el compromiso del 26 de mayo de 1986 ambas partes deciden someter la controversia fronteriza a una Sala Especial y solicitaron, además, que el procedimiento escrito consistiese en:

> "a) Una Memoria presentada por cada una de las partes, a más tardar diez meses después de la notificación de este compromiso a la Secretaría de la Corte; b) una Contramemoria presentada por cada una de las partes, a más tardar diez meses después de la fecha en que se haya recibido la copia certificada de la memoria de la otra parte; c) una Réplica presentada por cada una de las partes a más tardar diez meses después de la fecha en que se haya recibido la copia certificada de la contramemoria de la otra parte; d) La Corte podrá autorizar o prescribir la presentación de un Dúplica, si las partes están de acuerdo a este respecto o si la Corte decide de oficio o a solicitud de una de las partes si esta pieza de procedimiento es necesaria".

Más recientemente, en el Caso de la *Soberanía sobre Piedra Branca/ PulauBatuPuteh,MiddleRocksySouthLege,*laspartes(Malasiay Singapur) en el compromiso por el que someten la controversia a la Corte, en acto conjunto el 24 de julio de 2003, acuerdan en el artículo 4 de ese texto determinadas reglas procesales.

> "1. El procedimiento tendrá una fase escrita y una oral; sin prejuzgar en nada la carga de la prueba, las Partes convienen, conforme al artículo 46 del Reglamento de la Corte, que las piezas del procedimiento consistirán en: a) una Memoria presentada por cada una de las partes a mas tardar ocho meses después de la fecha de la notificación del presente compromiso, al Secretario de la Corte; b) una Contramemoria presentada

por cada una de las partes a mas tardar diez meses después de la fecha en la cual cada una haya recibido la copia certificada conforme a la Memoria de la otra parte; c) Una Réplica presentada por cada una de las Partes, a mas tardar diez meses después de la fecha en la cual cada una haya recibido la copia certificada conforme, de la Contramemoria de la otra parte".

Los plazos pueden ser **prorrogados,** lo que ocurre frecuentemente en la práctica. Así, por ejemplo, en el Caso relativo al *Derecho de asilo,* la Corte, en Providencia del 17 de diciembre de 1949, indicó que "considerando que el agente del gobierno de Colombia solicitó la prórroga para el 15 de enero de 1950 del plazo referente a la presentación de la Memoria (...) y que el gobierno de Perú hizo saber que no se oponía a esta solicitud (...) decidió prorrogar a las fechas siguientes los plazos fijados por la Providencia del Presidente en ejercicio de la Corte, del 20 de diciembre de 1949, para la presentación de la Memoria y de la Contramemoria".

Mas recientemente, en el Caso de los *Fumigación aérea con herbicidas*, la Corte ,por Providencia u Ordenanza404, amplia la fecha para la presentación de la Dúplica, por Colombia, para el 1º de febrero de 2012.

La Corte, sin embargo, no está necesariamente obligada a aceptar en todos los casos los planteamientos de las partes en relación con la fijación de los plazos. El Tribunal puede, en efecto, rechazar estas solicitudes, aunque hubiese un acuerdo entre las partes para solicitar dicha prórroga. En el Caso del *Estrecho de Corfú* la Corte rechazó la solicitud de Albania de prorrogar el plazo para el depósito de sus observaciones escritas, en relación con el informe de los Expertos[405].

La Corte no promueve prórrogas en el proceso, aunque hubiere tenidoqueaceptarlasenalgunoscasos. En el Caso de la *Barcelona Traction*, elTribunalexpresósupesarporlasreiteradassolicitudes de prórrogapor las partes en este proceso "constatando al respecto, con

404 Ordenanza No 138 del 19 de octubre de 2011.

405 GUYOMAR,G.,*Commentaire du Réglement de la CIJ, adopté le 14 avril de 1974*, Pédone, 1983, p. 290.

pesar, que los plazos inicialmente fijados por la Corte para el depósito de las piezas del procedimiento escrito no habían sido observados...".

En todo caso, el tribunal debe oir la opinion de las partes en cuanto a plazos para facilitar el proceso y hacerlo mas expeditoy eficaz.

ii. **Depósito de los alegatos escritos**

En relación con el **depósito de los alegatos escritos**, el Reglamento distingue también si se trata de un procedimiento incoado mediante una **demanda unilateral** o si se trata de un proceso iniciado mediante la **notificación de un compromiso**. En un procedimiento incoado mediante una demanda, los alegatos escritos consistirán, por su orden, en una **Memoria** del demandante y una **Contramemoria** del demandado. El Tribunal podrá autorizar, sin embargo, como vimos antes, el depósito de una **Réplica** por el demandante y de una **Dúplica,** por el demandado, si las partes están de acuerdo a este respecto; si la Corte decide de oficio o, finalmente, si una parte en el proceso los solicita indicando que esos alegatos son necesarios, como lo indica el artículo 45-1 del Reglamento.

La Corte, de acuerdo con la Instrucción de procedimiento I, adoptada en 2006, considera más conveniente que en los Casos sometidos por vía de compromiso, las piezas de procedimiento sean depositadas simultáneamente. La Corte espera que los Compromisos que sean concluidos en el futuro contengan disposiciones en cuanto al número y el orden de presentación de las piezas de procedimiento, conforme al artículo 46-1. Si el compromiso no contiene ninguna disposición en cuanto al número y al orden de presentación de las piezas de procedimiento, la Corte espera que las partes se pongan de acuerdo al respecto, conforme al artículo 46-2.

Según el antes citado Diccionario de Derecho Internacional, se entiende por **Memoria** "el primer escrito presentada por la parte demandante en un proceso ante la Corte Internacional de Justicia, en el que, a través de su agente, presenta los hechos y los aspectos en los que se basala reclamación. La Memoria debe contener los hechos en los que reposala demanda, una exposición jurídica y las conclusiones (Artículo 49-1, del Reglamento)". En la Memoria, según el artículo 38-2 del Reglamento

de la Corte, se deben indicar, en la medida de lo posible, los medios jurídicos en los cuales el demandante pretende fundar la competencia de la Corte. De la misma forma, se debe indicar además la naturaleza precisa de la demanda y una exposición sucinta de los hechos y los medios en los cuales ella reposa. La Memoria debe ser transmitida inmediatamente a la parte demandada (artículo 38-4 del Reglamento).

La **Contramemoria**, según el mismo Diccionario, es "el texto presentado por la parte demandada en un proceso ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual se rebaten los argumentos presentados por el demandante en la Memoria". Según el Reglamento de la Corte, la Contramemoria debe estar relacionada con la materia objeto de la Memoria".

La Contramemoria "debe contener el reconocimiento o la contestación de los hechos mencionados en la Memoria; de ser posible, una exposición adicional de los hechos; de las observaciones relativas a la exposición jurídica contenida en la Memoria; una exposición del derecho contenido en la Memoria; una exposición jurídica en respuesta; y las conclusiones".

En la práctica, tanto la Memoria como la Contramemoria, documentos en los que se fija la posición jurídica de las partes en un proceso ante la Corte, son elaboradas por el equipo de Abogados y Consejeros, coordinados por el Agente designado para representar al Estado en el caso de que se trate, no para repetir sus posiciones.

La Corte puede permitir de oficio o a solicitud de las partes, la posibilidad de presentar una **Réplica** y una **Dúplica.** La primera sería el documento o pieza procesal que la parte demandante puede presentar en un proceso, después de la Memoria y de la Contramemoria; mientras que la**Dúplica,** en general, según el mismo Diccionario, sería "el documento o pieza procesal que la parte demandada puede presentar a la Corte o a cualquier tribunal internacional que conoce de la controversia, si ésta o éste así lo autoriza, de oficio o mediante la solicitud de las partes en el proceso. En la Dúplica, como en la Réplica, la parte demandada no repite simplemente sus tesis; más bien, en ella se presentan los puntos más controvertidos"[406].

---

[406] Artículo 43.3 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Los Estados pueden renunciar a la presentación de la Réplica y de laDúplica,talcomoseplanteóenel caso*HayadeLa Torre*(Colombia/Perú) cuando las partes se pusieron de acuerdo en este sentido. El Tribunal señaló entonces que "...considerando que el agente de Colombia y el Representante de Perú consultados en aplicación del artículo 37-1 del Reglamento, declararon que sus Gobiernos estaban deseosos de ver resuelto lo antes posible el caso (...) y que propusieron limitar el procedimiento a la presentación de una Memoria y de una Contramemoria..."[407].

Finalmente observamos que la Corte puede no considerar documentos que se mencionan pero que no se presentan y que no son fáciles de obtener, como lo exige el artículo 56 del Reglamento, completado por la Instrucción de procedimiento I bis. En el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe* la Corte rechaza, en concreto, documentos presentados por Nicaragua que no fueron anexados a sus Alegatos y que "no eran parte de una publicación facilmente accesible" (CIJ, Rec.2012, p.9, pár.13).

iii. Contenido de los argumentos escritos: las pretensiones y las conclusiones

Las partes presentan sus **pretensiones** y sus **conclusiones** durante la fase escrita del procedimiento, lo que el Tribunal tomará en cuenta al preparar su Decisión, como veremos luego, cuando nos refiramos a la estructura de las decisiones. En la sentencia se precisan las conclusiones de las partes tal como se desprende de sus actuaciones durante el proceso que incluye tanto la fase escrita, como la oral.

En la demanda, por lo general, la parte en cuestión presenta sus pretensiones que después serían reiteradas, aunque no necesariamente exactas, en las conclusiones al finalizar la parte oral.

Así, por ejemplo, en el caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989* el Tribunal precisó las conclusiones presentadas por las dos partes, en la fase escrita. En el caso de Guinea Bissau dice que: "a) la pretendida sentencia del 31 de julio de 1989 es inexistente por los hechos que los dos árbitros que constituyeron en apariencia una mayoría en favor del texto

[407] Providencia del 31 de enero de 1951.

de la sentencia, uno, en una declaración anexa, expresó su opinión en contradicción con la aparentemente votada; b) Subsidiariamente que esta pretendida decisión es nula absolutamente, porque el Tribunal fue negligente al no responder a la segunda pregunta planteada por el compromiso del arbitraje, mientras que su respuesta a la primera abría la necesidad de una respuesta a la segunda, no conformándose a las disposiciones del compromiso arbitral por las cuales fue requerido el Tribunal a decidir sobre la delimitación del conjunto de espacios marítimos, de hacerlo por una línea única y de trazar la línea sobre un mapa y no habiendo motivado las restricciones así abusivamente aportadas a su competencia; c) Que es un error del Gobierno de Senegal pretender imponer al de Guinea Bissau, la aplicación de la pretendida sentencia del 31 de julio de 1989.

Senegal, por su parte, presentó igualmentesusconclusionesenesta fase pidiendo: a) Rechazar las conclusiones del Gobierno de la República de Guinea Bissau, tendientes a hacer reestablecer la inexistencia y subsidiariamente, la nulidad de la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989; b) Decir y juzgar que esta sentencia arbitral es válida y obligatoria para la República de Senegal y para la República de Guinea Bissau, que están obligadas a aplicarla[408].

En el Caso de la *Controversia territorial* y marítima entre Nicaragua y Honduras, se presentaron las siguientes conclusiones, al término de las audiencias públicas celebradas entre el 5 y el 27 de marzo de 2007. "Nicaragua pide a la Corte que falle y declare que: La bisectriz de las líneas que representan las fachadas marítimas de las dos partes, tal comosedescribenen las alegaciones, trazada desde un punto fijosituado aproximadamente a tres millas de la desembocadura del río, en la posición 15° 02′ 00″ N y 83° 05′ 26″ O, constituye la frontera marítima única a los efectos de la delimitación de las áreas disputadas del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de la región de la elevación continental de Nicaragua. El punto de partida para la delimitación es la vaguada de la desembocadura principal del río Coco, tal como aparece determinada en el laudo arbitral del Rey de España, de 1906. Sin perjuicio de lo que antecede, se pide a la Corte que

[408] CIJ. Rec.1991, párs. 10 y 11.

se pronuncie sobre la cuestión de la soberanía sobre las islas y cayos dentro de la zona en disputa.

Honduras, por su parte, pide a la Corte que falle y declare que: 1. Las islas denominadas Cayo Bobel, Cayo Sur, Cayo Savana y Cayo Port Royal, junto con las demás islas, cayos, islotes, bancos y arrecifes reclamados por Nicaragua al norte del paralelo 15º, se encuentran bajo la soberanía de la República de Honduras. 2. El punto de partida de la frontera marítima que ha de delimitar la Corte será un punto de latitud 14° 59,8′ N y longitud 83° 05,8′ O. La frontera a partir del punto de latitud 14° 59,8′ N y longitud 83° 08,9′ O, determinado por la Comisión Mixta en 1962, hasta el punto de partida de la frontera marítima que ha de delimitar la Corte será convenido por las partes en esta causa sobre la base del laudo arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906, que es vinculante para las partes, y teniendo en cuenta las características geográficas cambiantes de la desembocadura del río Coco (denominado también río Segovia o Wanks). 3. Al este del punto de latitud 14° 59,8′ N y longitud 83° 05,8′ O, la frontera marítima única que divide los respectivos mares territoriales, las zonas económicas exclusivas y las plataformas continentales de Honduras y Nicaragua sigue la latitud 14° 59,8′ N, en su calidad de frontera marítima existente, o una línea de ajuste equidistante, hasta llegar a la jurisdicción de un tercer Estado"[409].

Más recientemene, en el Caso de la *Fumigación aérea con herbicidas,* iniciado por demanda de Ecuador del 31 de marzo de 2008, el demandante sostuvo que "la fumigación ya había ocasionado graves daños a la población, los cultivos, la fauna y el medio ambiente del lado ecuatoriano de la frontera y que existían grandes riesgos de que provocara más daños con el paso del tiempo. También alegó que había intentado en reiteradas y continuas ocasiones negociar con Colombia para poner fin a esas fumigaciones, pero las negociaciones no habían tenido éxito. En consecuencia, Ecuador pidió lo siguiente a la Corte: Que falle y declare que: a) Colombia ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional al depositar o permitir que se depositen en territorio ecuatoriano herbicidas tóxicos que han ocasionado daños a la salud humana, los bienes y el medio ambiente; b)

[409] CIJ. Rec. 2007. pár. 19.

Colombia deberá indemnizar al Ecuador por las pérdidas o daños derivados de sus actos internacionalmente ilícitos, a saber, la utilización de herbicidas, en particular mediante actividades de fumigación aérea, y en especial por:i)Lamuerteoeldeteriorodela salud de cualesquiera personas como resultado de la utilización de esos herbicidas; ii) Toda pérdida o menoscabo de los bienes, los medios de subsistencia o los derechos humanos de esas personas; iii) Los daños al medio ambiente o la disminución de los recursos naturales; iv) Los gastos relativos a los estudios para determinar y valorar los riesgos futuros para la salud pública, los derechos humanos y el medio ambiente derivados de la utilización de herbicidas por Colombia; y v) Cualquier otra pérdida o daño; c) Colombia deberá: i) Respetar la soberanía y la integridad territorial del Ecuador; ii) Adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para prevenir, en cualquier parte de su territorio, que se usen herbicidas tóxicos de modo tal que puedan depositarse en el territorio del Ecuador; y iii) Prohibir la utilización, mediante fumigación aérea, de esos herbicidas en el Ecuador, encualquierpuntodesufronteraconel Ecuador oen sus alrededores"[410].

La Corte se ha visto en la necesidad, en algunos casos, de **interpretar y deducir las conclusiones** de una u otra de las partes[411]. En el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, por ejemplo, la Corte indicó que "aunque las partes no hubieran mencionado los Farallones en sus conclusiones, la Sala deduce de sus escrituras y de las exposiciones orales que han hecho durante el procedimiento incidental que estas Islas que se encuentran del lado de Nicaragua en el Golfo son excluidas de sus reivindicaciones"[412]. Esto evidencia, pues, que existe cierta flexibilidad en cuanto a la capacidad de la Corte para deducir las conclusiones de las partes y fundar sobre ellas sus decisiones.

iv. Solicitud de los alegatos escritos y de los documentos anexos a los mismos, por terceros Estados

410 Informe de la CIJ a la Asamblea General (2008-2010), doc. A/65/10, p. 34.

411 Caso de *Pesquerías:* CIJ, Rec. 1951,pp. 125 y ss; Caso *Minquiers et Echrehous*, CIJ, Rec.1953, p. 52 y, entre otras, *Templo Préah Vihéar*, CIJ.Rec. 1962, pp. 36-37.

412 CIJ, Rec. 1992.

Deacuerdoconloseñaladoenel artículo 53 del Reglamento, un Estadoquetengaderechoarecurriralacorte puede solicitar que se pongan asudisposiciónlos **alegatos escritos y los documentos anexos** a los mismos. La solicitud del Estado interesado es comunicada por el Secretario a las partes en el proceso, quienes emitiránsuopiniónalrespecto yluegoelTribunal,conbaseenestasopiniones,decidefacilitaronodichos textos.

En la mayoría de los casos las partes no se oponen a esta solicitud, por lo que el Tribunal decide poner a la disposición del Estado solicitante, dichos documentos. En el Caso particular de la *Plataforma Continental* (Túnez/Libia), sin embargo, una de las partes en el proceso cuestionó la solicitud no pudiendo por ello el Tribunal facilitar los alegatos escritos y sus anexos, al Estado solicitante. El caso es que desde el 18 de agosto de 1980 el Gobierno maltés, siguiendo el ejemplo de otros Estados, solicitó la comunicación de las piezas de procedimiento, pero, como una parte elevó una objeción, la Corte no pudo consentir en ello.

Mástarde,enelCasodela*Controversiafronterizaterrestre,insularymarítima*,dosEstadossolicitaronlaspiezasescritas(ColombiayNicaragua),aloquelas partesen el proceso (Honduras y El Salvador) no se opusieron. ElTribunalseñalaensuDecisióndel11desetiembrede 1992(párrafo 13) que en aplicación del artículo 53-1 de su Reglamento, aceptó las demandas de los gobiernos de Nicaragua y de Colombia, tendentes a que las piezas del proceso y los documentos anexos les fueran puestos a su disposición; así se pronunció el 15 de junio de 1988, en el caso de Nicaragua y, el 27 de junio de 1989, en el caso de Colombia, después de haberse informado ante las partes, en uno y otro caso.

Y, más recientemente, en el caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe*, entre Nicaragua y Colombia, los Gobiernos de Honduras, Jamaica, Chile, Perú, Ecuador, Venezuela y Costa Rica, solicitaron copia de los escritos y documentos anexos, en virtud del artículo 52-1 del Reglamento antes citado. La Corte, tras recabar la opinión de las partes, accedió a tales solicitudes.

c. El procedimiento oral:

i. **Testigos y Expertos**

Después de cerrado el procedimiento escrito el asunto queda listo para las vistas. El Tribunal fija, también mediante una Providencia, la fecha de la apertura de esta segunda fase del proceso, el **proceso oral**. Después del cierre del procedimiento escrito no podrá producirse ningún documento nuevo por ninguna de las partes, a no ser con el consentimiento de la otra o si el Tribunal lo estima necesario, como lo prevé el artículo 56-1 del Reglamento.

Durante las vistas no se podrá hacer referencia a ningún documento que no haya sido presentado en la fase escrita del proceso a menos que "el documento forme parte de una publicación fácilmente asequible" tal como lo indica el artículo 56-4 del Reglamento. El procedimiento oral consiste en la audiencia que el Tribunal otorga a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados, tal como lo indica el artículo 43-5 del Estatuto. En estos actos las partes, al presentar sus documentos, presentan igualmente sus conclusiones que generalmente son claras, expresas, aunque en algunos casos, distintamente, pudiera ocurrir, como se anotara antes, que el Tribunal las estableciera deduciéndolas de las actuaciones mismas de las partes.

En el Caso del *Estrecho de Corfú* (Monto de reparaciones) la Corte nombró expertos para constatar las sumas presentadas por el Reino Unido, a título de reparación. Las partes tenían que aceptar el objeto y el nombre de los expertos. En este caso en particular, los expertos presentaron un Informe que figura como Anexo 2, de la decisión del 15 de diciembre de 1949; el Tribunal formuló una serie de preguntas a estos expertos las cuales, junto a las respuestas escritas, figuran como anexo 3 de la misma decisión.

En el Caso de la *Electrónica Sicula S.p.A (ELSI),* cuyo procedimiento oral consistió en dos fases, las partes hicieron comparecer también a algunos expertos. Estados Unidos presentó dos testigos y además, un Consejero de los Estados Unidos quien se dirigió en su nombre al Tribunal; este experto fue considerado por la Corte como un testigo, de acuerdo con la solicitud formulada por Italia.

Una parte puede **objetar** la presentación de un testigo o de un experto, si considera, por ejemplo, como en el Caso de la *Sentencia*

arbitral del 31 de julio de 1989, que el experto presentado por Guinea-Bissau, había actuado como Consejero y como tal no podía hacerlo como Testigo. La Corte adoptó una decisión en este sentido cuando el agente de Senegal, fundándose en el artículo 57 del Reglamento, objetó la solicitud planteada por Guinea-Bissau "de autorizar la citación, en calidad de testigo o de testigo-experto, de una persona cuyo nombre figuraba ya en calidad de consejero, en la lista de representantes de este Estado dada a la Corte por este Estado". El Tribunal examinó la cuestión y decidió que "no podía acceder a la solicitud de Guinea-Bissau"[413].

Los jueces pueden formular preguntas a los agentes o representantes de las partes durante el proceso oral, de acuerdo con el artículo 61 del Reglamento. Los representantes de las partes responderán oralmente, en forma completa, en ese mismo acto, o por escrito, complementariamente, en acto posterior, en la fecha que se fije, de conformidad con el artículo 72 del Reglamento del Tribunal. En el Caso de la *Electrónica Sicula S.p.A (ELSI)* se observa que cuatro miembros de la Sala formularon preguntas a las partes. Las respuestas fueron dadas oralmente durante las audiencias y en parte por escrito. La mayor parte de estas fueron depositadas después del proceso oral y fueron comunicadas a la otra parte para observaciones[414].

Más recienemente, en el Caso de las *Fábricas de pulpa de papel en el rio Uruguay* (Argentina/Uruguay), la Corte tomo nota y consideró las observaciones de los expertos aunque para algunos, no en la forma más adecuada.415

La Corte puede, finalmente, rechazar la designación de expertos cuando la demanda planteada no ha sido admitida. Es el caso de la *interpertación ed la decisión del 24 de febrero de 1982 acerca de la plataforma continental entre Túnez y Libia,* en el que el demandante solicita la designación de expertos que la Corte rechaza trás considerar que la demanda no tenía objeto y por lo cual era inadmisible. (CIJ, Rec.1984, parte dispositiva E de la Decisión).

---

413 CIJ. Rec. 1991, pár. 9.

414 Anuario de la CIJ, 1988-89, No 43, p. 172.

415 Ver Opinión Disidente de los jueces Al Khasawneh y Simma,adjunta a la Decisión del 20 de abril de 2010, p.2.

ii. **Las pruebas**

Las **pruebas** se establecen mediante documentos o a través de declaraciones de los testigos y expertos que las partes en el proceso pueden presentar en su momento. La Corte puede, por su parte, ordenar, cuando lo estime conveniente, investigaciones o informes de expertos para determinar la prueba.

Las partes pueden elevar ante el Tribunal cualquier medio de prueba, pero antes de que se abra el proceso oral. A partir de este momento, es decir, tras el inicio del proceso oral, ese derecho absoluto de las partes estaría sujeto a la aceptación de la otra parte o de la Corte. Una parte puede solicitar en cualquier momento, antes o después del procedimiento oral, cualquier medio de prueba, **si la otra parte está de acuerdo o si la Corte admite el medio de prueba propuesto**.

En una ocasión el Tribunal se pronunció sobre esta cuestión y llegó a la conclusión de que si las pruebas son invocadas por una parte **antes de la apertura del proceso oral, éstas son admitidas de pleno derecho**. La Corte no tiene que apreciar, incluso en caso de contestación de la otra parte, si la prueba es admisible de derecho o si es pertinente. La Corte o el Presidente, si la Corte no está en sesiones, no pueden sino tomar medidas para su administración[416].

La Corte determinará "si las partes deberán pronunciar sus alegatos antes o después de la presentación de los medios de prueba; se reservará siempre, sin embargo, el derecho de las partes a comentar las pruebas presentadas" tal como lo señala el artículo 58-1 del Reglamento. La Corte tiene también la facultad de establecer el orden en que serán oídas las partes, el método que se ha de seguir en la presentación de los medios de prueba en la audiencia de testigos y peritos, así como el número de consejeros y abogados que tomarán la palabra en nombre de cada parte, como lo indica el artículo 58-2 de este mismo texto.

De acuerdo con el artículo 66 del Reglamento la Corte podrá en cualquier momento decidir, de oficio o a instancia de parte, ejercer sus funciones con respecto a la obtención de pruebas en los lugares a los que el asunto se refiere, en las condiciones que ella determine después de in-

[416] CPJI, Serie D, No 2-3, Add. p. 228.

formarsesobrelaopinión de cada parte. En el Caso *Gabcikovo-Nagymaros,* la Corte decidió "ejercer sus funciones en relación con la obtención de pruebas mediante una visita al lugar o a la localidad a que se refiere el litigio". Por primera vez la Corte realiza una visita de esta naturaleza, basada en el Acuerdo de las partes recogido en varios instrumentos suscritos entre ellas.

Finalmente, de acuerdo con el artículo54delEstatuto,elPresidente declarará el **cierre del debate**, después de haber oído a los agentes, consejeros y abogados de las partes. A partir de ese momento, si no estima lo contrario, la Corte se retira a deliberar.

3. Las deliberaciones del Tribunal

El Tribunal se reúne por lo general en la sede aunque pueda hacerlo en algún otro lugar si así lo decide de conformidad con el artículo 22 del Estatuto. Una vez concluido el proceso contradictorio, el Tribunal se retira a **deliberar** en privado y en secreto, aunque puede decidir la publicación parcial o total de las deliberaciones en materias que no sean judiciales o, por otra parte, autorizar su publicación, según lo previsto en el artículo 21-1 del Reglamento.

El resultado de las deliberaciones se hace público, en audiencias expresamente convocadas por el Tribunal. En este acto se da lectura a la decisión, que se supone no es conocida dado el carácter privado de las deliberaciones. El Presidente lee el texto de la decisión —en uno de los dos idiomas oficiales— y ordena su distribución al término de la audiencia a la que tiene acceso el público en general, incluso los presentantes de los medios de comunicación.

Si bien la regla ha sido el carácter confidencial de la decisión del Tribunal hasta el día de su publicación, una excepción se puede observar enel Caso de los *Ensayos nucleares*. La conclusión de la Corte se filtró y se conoció antes de la audiencia pública, lo que obligó al Presidente Lachs a emitir una declaración condenando tal situación. El Gobierno de Australia se refirió a la sentencia de la Corte antes de que se hiciera pública. Luego de la crítica del Tribunal, el Primer Ministro de Australia se excusó por tal actuación que sería contraria al artículo 54 del Estatuto.

e. Los jueces *ad hoc*

La designación de jueces *ad hoc* no es un asunto simplemente de composición de la Corte, tema al que nos referimos antes. La designaciones de estos jueces interesa también al procedimiento. El Estado parte que no tenga un juez de su nacionalidad como miembro permanente podrá designar un juez *ad hoc*, lo que en alguna manera incide en la composición de la Corte.

El artículo 31 del Estatuto incluye dos principios fundamentales de carácter procesal. El primero es que cada miembro (juez) del tribunal puede conocer un Caso en el cual el Estado del cual es nacional es parte; y, en segundo lugar, que un Estado parte en un proceso que no tiene un juez nacional, puede designar un juez *ad hoc* para que actúe en igualdad de condiciones[417]. Ello responde a un principio más general, el del **equilibrio en el proceso.**

Los jueces de la nacionalidad de los Estados parte en el proceso pueden continuar ejerciendo el cargo y participar como tales en el proceso, a excepción ya referida, cuando se trata del Presidente. El artículo 31-1 del Estatuto lo prevé claramente al señalar que "los magistrados de la misma nacionalidad de cada una de las partes litigantes conservarán su derecho a participar en la vista del asunto que conoce la Corte".

Pero, a la vez, y esto ocurre con frecuencia, según se desprende del examen de la práctica del Tribunal, un Estado parte que no tiene un juez de su nacionalidad, tiene el **derecho de designar un juez *ad hoc***. Es decir que además de los miembros o jueces permanentes, la Corte puede estar integrada por jueces *ad hoc* expresamente designados por una parte en un proceso, cuando no hay un juez permanente nacional de dicho Estado en el Tribunal. En el marco de un procedimiento consultivo, la Corte también puede designar un juez *ad hoc* como sería en el caso del Sahara occidental, cuando la Corte acordó la designación de un juez *ad hoc* a solicitud de Marruecos, como veremos más adelante.

---

417 ROSENNE, S. *Article 31 of the Statute of the ICJ revisited. In Melanges en l'honneur de Nicolas Valticos*., Pedone. París.1999, p. 302.

El Estatuto (Arts 31-2 y 31-3) faculta a las Partes a tal designación cuando señala expresamente que "si la Corte incluyere entre los magistrados del conocimiento uno de la nacionalidad de una de las partes, cualquier otra parte podrá designar a una persona de su elección para que tome asiento en calidad de magistrado". Y agrega este mismo texto que "si la Corte no incluyere entre los magistrados del conocimiento ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de éstas podrá designar uno de acuerdo con el párrafo 2 de este artículo".

Es importante destacar que ladesignacióndeljuez*adhoc*nosignificaqueelEstadoquelodesignaaceptalaj urisdicciónde laCorte,asícomotampocosepuedeentenderque el juez *ad hoc* representa los interesesdel Estado que lo designa.

Varias cuestiones deben examinarse en relación con los jueces *ad hoc*. En primer lugar, la **facultad del Estado de designarlo**; luego, la **facultad del Tribunal de confirmar esta designación**; y, por último, la **facultad de la otra u otras partes en el proceso deobjetar esta designación.**

La idea que se ha perseguido con la designación del juez *ad hoc* es , como dijimos antes, equilibrar el proceso para que las dos partes puedan tener un juez designado por ellos, aunque no necesariamente de la nacionalidad del Estado que lo designa, como veremos luego. Este equilibrio no podría estar de ninguna manera relacionado con ventajas o desventajas en el proceso, pues se supone que las conclusiones del Tribunal se fundan en la aplicación del derecho y en nada más. Se trata de **un derecho y no de una obligación** que tiene el Estado, el cual puede o no ejercerlo. No siempre los Estados han hecho uso de esta facultad aunque, es cierto, en la mayoría de los casos, el Estado parte en la controversia que no tiene un juez nacional permanente, lo ha designado.

Una situación particular se presenta cuando dos o más Estados hacen causa común en un proceso, como demandantes o como demandados. En estos casos pueden designar un solo juez *ad hoc*, siempre que uno de los Estados no tenga un nacional como miembro de la Corte. Se considera que dos o más Estados hacen causa común

cuando llegan a las mismas conclusiones, como en los casos del *Sudoeste africano* y de la *Plataforma continental del Mar del Norte.*

En el **caso de las Salas Especiales *ad hoc*,** modalidad que se examinará más adelante, el Presidente podrá pedir a uno o dos de los miembros de la misma que cedan sus puestos a uno o dos jueces nacionales de los Estados partes en la controversia si estos no están representados, tal como se señala en el artículo 41-4 del Estatuto.

Un Estado parte en el proceso puede designar dos jueces *ad hoc*, incluso en una misma fase del proceso, pero no en forma simultánea como se puede apreciar en el caso de Albania, en el asunto del *Estrecho de Corfú*; el de la *Barcelona Traction* y el del *Sudoeste africano*. Esta práctica se puede observar también en el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima,* en el cual El Salvador designa dos jueces *ad hoc* en la misma fase: el juez Michel Virally (fallecido) y el sustituto, Santiago Torres Bernárdez.

En el Caso de la *Controversia marítima y territorial* (Nicaragua/Colombia), una parte designó tres jueces en un mismo proceso. En efecto, Nicaragua designó como inicialmente como juez *ad hoc* a M. Bedjaoui quien renunció más tarde; luego, en sustitución de éste, Nicaragua designó a G. Gaia, como juez *ad hoc* quien renunciaría por haber sido designado juez permanente. El juez *ad hoc* Gaia fue sustitudido por Thomas Mensah quien participaría en tal condición, en la Decisión que adopta el tribunal, el 19 de noviembre de 2012.

Una de las partes en el proceso puede **abstenerse** de designar un juez *ad hoc* de manera incondicional, sin exigir a la otra parte que adopte una actitud similar. Pero, también, puede abstenerse de esta designación condicionando esta postura a que el otro Estado parte actúe de igual manera. La parte que desea abstenerse de designar un juez *ad hoc* lo comunicará a la Secretaría que lo notificará a la otra parte. Pero, si esta parte decide designar un juez *ad hoc*, la Corte puede prorrogar el período de designación a la parte que se había abstenido antes. Es una facultad que se otorga al Tribunal para evitar, como hemos visto, que se cree un desequilibrio en los compromisos de las partes. Se trata de proteger a las partes, de establecer igualdad, de convalidar una práctica desarrollada por la Corte.

El derecho del Estado de designar un juez es permanente. Si un Estado no ejerce este derecho en un momento dado porque tiene un juez permanente de su nacionalidad, puede hacerlo después si las condiciones cambian. En el Caso concreto de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989*, por ejemplo, Senegal no ejerció esta facultad, por cuanto al momento de iniciarse el proceso el Juez M'Baye ocupaba un puesto como juez permanente del Tribunal. Guinea-Bissau, la otra parte en el proceso, había designado un juez *ad hoc*, Hubert Thierry. Posteriormente, vencido el período del juez M'Baye y no habiendo sido reelecto, Senegal ejerció este derecho designando al mismo juez M'Baye, como juez *ad hoc*.

Los jueces *ad hoc*, al igual que los jueces o miembros permanentes, deben actuar con **independencia** en relación con los Estados de los cuales son originarios y de cualquier otra circunstancia. No se trata —como dijimos antes— de ninguna manera, de agentes gubernamentales sino de jueces en el sentido estricto del término. No es por ello cierto que los jueces *ad hoc* adoptan siempre la posición de los gobiernos del Estado del cual son nacionales o que les han designado. La actitud de los jueces *ad hoc*, en efecto, ha sido diversa. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos el juez *ad hoc* coincide con la posición del Estado del cual es nacional y que le ha designado, en otros, ha adoptado posiciones y expresado criterios diferentes y a veces contrarios, a los expresados por los Gobiernos del Estado del cual es nacional o del que le ha designado juez *ad hoc*.

Los jueces *ad hoc* participan en las decisiones en **condiciones de completa igualdad** con sus colegas, como lo prevén los artículos 31-6 del Estatuto y 7 del Reglamento. Ellos reciben todos los documentos distribuidos a los otros jueces, asisten como éstos a las deliberaciones y a las audiencias, participando en la votación como un miembro permanente.

Los jueces *ad hoc* no son sino ocasionalmente miembros de la Corte, de la cual no forman realmente parte. Por ello los jueces *ad hoc* no cuentan para el cálculo del *quorum* y por otra parte, protocolariamente, estarían ubicados después de los otros jueces, lo que es tomado en cuenta en las actuaciones internas del Tribunal durante sus deliberaciones, como se puede observar en la Resolución de la Práctica Interna, antes citada.

i. La designación del juez *ad hoc* y su confirmación por el Tribunal

El Estado tiene, como se ha señalado, el derecho de designar un juez *ad hoc* en un proceso, derecho que no depende de la autorización de la Corte. La Corte debe, sin embargo, poder examinar si las condiciones planteadas para el ejercicio de este derecho se cumplen[418].

Una cuestión interesante que se plantea es si la designación por el Estado es suficiente o si, distintamente, se requiere la **confirmación** por el Tribunal. A nuestro juicio y considerando lo señalado por el juez Shahabudden en su Opinión disidente en el Caso de la *Delimitación terrestre, insular y marítima*, el Tribunal debe confirmar por una Providencia esta designación pues el juez no podría incorporarse a la Corte sino después de este acto que sería constitutivo de la designación. Se dice frecuentemente que un juez *ad hoc* es designado por el Estado interesado. Pero, por el contrario —señala el juez guyanés— cuando la Corte admite un juez *ad hoc* está ejerciendo un poder de designación que le es conferido en los párrafos 2 a 6 del artículo 31 del Estatuto[419]. El Juez no puede entrar en funciones hasta tanto el Tribunal no lo apruebe. Designar es indicar. De manera que una Providencia de la Corte en este sentido es constitutiva en el sentido de que es indispensable para el ejercicio de las funciones de juez designado.

La Corte puede, por otra parte, **rechazar** la designación de un juez *ad hoc*, como ocurrió en el Caso del *Sudoeste africano*[420]. La Corte nunca se ha negado, sin embargo, a nombrar un juez *ad hoc* cuando la parte tiene el derecho de designarlo, es decir, la Corte nunca ha rechazado a un candidato propuesto por una de las partes en el proceso. Sin embargo, se pueden plantear situaciones particulares, debido a la oposición manifestada oficiosamente por la otra parte, como se pudo observar en el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, en el cual Honduras, tras la muerte del juez Virally, presentó la designación del señor Torres Bernárdez. El Salvador, la otra parte en el proceso, manifestó oficiosamente ciertas reservas a esta designación, lo que

418 Providencia del 13.12.89. Op. del Juez Shahabudden.
419 Opinión Individual del Juez Shahabudden, cit.
420 Providencia del 29 de enero de 1971.

podría traducirse en una oposición, durante casi un año; más adelante, retiró esa oposición por lo que finalmente, el Tribunal nombró a Torres Bernárdez, como nuevo juez *ad hoc*.

La **práctica** de la designación de un juez *ad hoc* es muy frecuente en las actividades de la Corte. De acuerdo con el Informe presentado por laCIJa la Asamblea General en 2010, en el Caso relativo a *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c.República Democrática del Congo)*, Guinea designó magistrado *ad hoc* al Sr. Ahmed Mahiou y la República Democrática del Congo al Sr. Auguste Mampuya Kanunk'a Tshiabo. En el Caso relativo a las *Actividades armadas enelterritoriodelCongo(República Democrática del Congo c. Uganda)*, la República Democrática del Congo designó magistrado *ad hoc* al Sr. Joe Verhoeven y Uganda al Sr. James L. Kateka. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Croacia designó magistrado *ad hoc* al Sr. Budislav Vukas y Serbia y Montenegro al Sr. Milenko Kreca. En la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*, Nicaragua designó magistrado *ad hoc* al Sr. Giorgio Gaja y Colombia al Sr. Yves L. Fortier.

EnelCasode *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, el Congo designó magistrado *ad hoc* al Sr. Jean-Yves de Cara. Dado que el magistrado Abraham se excusó de entender en la causa según lo previsto en el artículo 24 del Estatuto de la Corte, Francia designó magistrado *ad hoc* al Sr. Gilbert Guillaume. En el relativo a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Argentina designó magistrado *ad hoc* al Sr. Raúl Emilio Vinuesa y el Uruguay al Sr. Santiago Torres Bernárdez. En el Caso relativo a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, el Perú designó magistrado *ad hoc* al Sr. Gilbert Guillaume y Chile al Sr. Francisco Orrego Vicuña. En el relativo a la *Fumigación aérea con herbicidas (Ecuador c.Colombia)*, el Ecuador designó magistrado *ad hoc* al Sr. Raúl Emilio Vinuesa y Colombia al Sr. Jean-Pierre Cot. En el Caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, Georgia designó magistrado *ad hoc* al Sr. Giorgio Gaja. En el de la *Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (exRepública Yugoslava de Macedonia c. Grecia)*, la ex República Yugoslava de

Macedonia designó magistrado ad hoc al Sr. Budislav Vukas y Grecia al Sr. Emmanuel Roucounas. En el de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, Italia designó magistrado *ad hoc* al Sr. Giorgio Gaja y en el relativo a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Bélgica designó magistrado *ad hoc* al Sr. Philippe Kirsch y el Senegal al Sr. Serge Sur.

ii. **Reemplazo de un juez *ad hoc***

Si el juez *ad hoc* designado por una de las partes resulta impedido de actuar en el proceso, esa misma parte puede reemplazarlo. En la práctica del Tribunal observamos varios casos. Así, por ejemplo, en el Caso del *Estrecho de Corfú*, el juez designado por Albania enfermó gravemente poco antes de iniciarse el proceso oral, por lo que el Tribunal acordó una nueva designación. De igual manera en el Caso *Nottebohm* cuando el Juez designado por Guatemala fue reemplazado sin la objeción de Liechtenstein. En el Caso del *Sudoeste Africano* varios jueces fueron designados por Etiopía y Liberia. En el caso de la *Controversia territorial* entre Honduras y El Salvador, como indicamos antes, el juez Virally —fallecido— fue sustituido por el juez Torres Bernárdez.

El reemplazo del **juez es siempre posible pero hasta el momento de la apertura del proceso oral.** No sería admisible después de la apertura de esta etapa del juicio y hasta que se pronuncie la decisión[421].

iii. **La nacionalidad del juez *ad hoc***

La nacionalidad del juez *ad hoc*, distintamente a lo contemplado en el Reglamento de la CPJI (Art. 4), no es un elemento indispensable para su designación. En la práctica varios Estados han designado como jueces *ad hoc* a nacionales de otros Estados, como por ejemplo, entre otros, en la segunda fase del Caso de la *Barcelona Traction*, España designó a un uruguayo (Armand-Ugón). En el de la *Plataforma continental del Mar del Norte,* Países Bajos designó a un danés (Sorensen).En el de la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, a

---

421 GUYOMAR, G. *La révision du Règlement de la CIJ del 14 de avril de 1978, Interprétation et pratique*, París, Pédone, 1973, p. 216.

José María Ruda y luego, por fallecimiento de éste, a Nicolás Valticos (Qatar) y, a Santiago Torres Bernárdez (Bahrein). Y más recientemente, en el Caso *de las Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Bélgica designó magistrado *ad hoc* al Sr. Philippe Kirsch (Canadá) y el Senegal al Sr. Serge Sur (Francia).

iv. La designación de un juez *ad hoc* por un Estado que ha solicitado la intervención en un proceso

La situación es muy particular cuando se trata de la designación de un juez *ad hoc* en un **proceso incidental de intervención**. Un Estado que plantee una demanda de intervención en un proceso no tiene la facultad de designar un juez *ad hoc* hasta tanto no se resuelva dicha solicitud. En el caso de la *Plataforma Continental* (Túnez/Libia) Malta, que había solicitado la intervención en el caso, pidió igualmente, el 2 de marzo de 1981, la designación de un juez *ad hoc*. El Tribunal decidió que "mientras que la demanda de intervención no sea objeto de una decisión, las condiciones en las cuales el artículo 31 puede eventualmente ser aplicable en cuanto al Estado deseoso de intervenir no existen (...) siendo prematura, la Corte no puede tomar en consideración a estas alturas del proceso las cuestiones evocadas en la misma". La decisión del Tribunal sobre la intervención de un tercer Estado es necesariamente previa a la designación, por este Estado, de un juez *ad hoc.*

f. La no comparecencia

Tal como se puede apreciar en el examen de la práctica del Tribunal, **es posible que el Estado demandado no comparezca** en cualquiera de las fases del proceso, situación que va a tener importantes incidencias tanto en el **proceso** como en la **decisión** que adopte el Tribunal. En la práctica, como se ha señalado, varios Estados no han comparecido, es decir, no se han presentado en el Tribunal, rechazando ser considerados partes en el proceso por estimar que el Tribunal no es competente y/o que la demanda, en cualquier caso, no es admisible. Esta no comparecencia puede ocurrir tanto en la primera fase como en la segunda.

En varias oportunidades la Corte ha debido enfrentar esta situación que, sin duda, afecta su funcionamiento. En el Caso de la *Plataforma continental del Mar Egeo*, por ejemplo, Turquía nunca se presentó, al considerar al Tribunal incompetente para conocer la cuestión planteada por Grecia. Y, en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares* Estados Unidos decidió no comparecer en la segunda fase del proceso llegando, incluso, a denunciar la declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción del Tribunal, en reacción a la decisión del Tribunal sobre la competencia y la admisibilidad de la demanda introducida por Nicaragua.

La Corte ha puesto siempre en práctica el principio de la igualdad de las partes, aunque en algunos casos alguna de ellas se haya quejado de las ventajas que se otorgan al Estado que no comparece, es decir, al Estado demandado en rebeldía. En su intervención en el Caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, el profesor O'Connell señaló que "la ausencia del demandado (...) se ha convertido en un procedimiento normal, pudiendo decir, en un modelo (...) el Tribunal se limita a lamentarlo (...) parece como si no hubiera desventaja para el demandado en no comparecer; por el contrario, los Estados demandados parecen encontrar ventaja positiva en boicotear el procedimiento y si ello es así, cabe hacerse graves preguntas sobre la función judicial y el papel que desempeña el Tribunal (...) Al recibir una comunicación del demandado en rebeldía, el Tribunal se siente obligado, no sólo a recibirla a título informativo, sino a analizarla como si se tratara de objeciones jurídicas formales (...) ello coloca al demandante en una posición embarazosa ya que no se sabe hasta donde tiene que desarrollar un argumento para disipar objeciones o rechazar alegatos que no han sido públicamente ventilados, pero que pueden o no ser tomados en cuenta por miembros del tribunal...".

Cuando una de las partes en el proceso no se presenta o se abstiene de hacer valer sus medios, la otra parte puede solicitar a la Corte, adjudicarle sus conclusiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 del Estatuto. Desde luego, en estos casos el Tribunal debe asegurarse no sólo de que es competente sino de que las conclusiones de la parte que comparece están fundadas en los hechos y en el derecho.En el Caso de la *Plataforma continental en el mar Egeo* ya referido la Corte

precisó que si una parte no comparece la Corte debe continuar el examen del asunto, pero antes debe determinar su competencia, como lo dice el artículo 53 del Estatuto. (CIJ, Rec. 1978, p.8, pár.15)

Por lo general, cuando se recurre por demanda unilateral, el Tribunal examina la cuestión en ausencia del demandado. Entre 1970 y 1982 todos los asuntos presentados por demanda unilateral con excepción del Caso *Apelación contra la competencia del Consejo de la OACI* (India/Pakistán), fueron juzgados por el Tribunal en rebeldía, es decir, en ausencia de la parte demandada y en aplicación del artículo 53 del Estatuto[422].

Esto no podría significar que el Tribunal concluya en contra del demandado. Es cierto que en algunos casos ésta ha sido la realidad pero no podría por ello establecerse una regla general. En el Caso de la *Plataforma continental del Mar Egeo,* por ejemplo, el Tribunal no aceptó las conclusiones presentadas por el demandante, en relación con la competencia; la Corte declaró no tener jurisdicción para conocer de la demanda planteada por Grecia.

En el Caso de las *Actividades militares y paramilitares*, la Corte lamentó la no comparecencia de los Estados Unidos que "afecta la buena marcha de la administración de justicia."

i. Efectos de la no comparecencia en el proceso

Antes de que el juez pueda adjudicar las conclusiones al Estado demandado en virtud del artículo 53-2 del Reglamento, debe asegurarse, como ya se indicó, que es competente conforme a lo establecido en el Estatuto, en el artículo 36 o, si fuere el caso, en el artículo 37. La Corte ha expresado en diversas ocasiones que es lamentable que un Estado no comparezca en el proceso, en cualquiera de sus fases. El Tribunal ha expresado este sentimiento en los Casos de la *Competencia en Materia de*

---

422 ARIAS DE SAAVEDRA Y MUGUELAR, *El Tribunal de Justicia después de la Barcelona Traction,En Estudios Jurídicos en honor del profesor Rodríguez Sastre*, pp.Int. Law Assoc, Madrid, 1985, pp. 372-373.

Pesquerías[423], *de las Pruebas nucleares*[424], *de la Plataforma* continental del Mar Egeo[425], en el del *Personal diplomático y consular en Teherán*[426].

En el Caso de las *Actividades militares y paramilitares* la Corte señaló que "cuando un Estado (...) decide no comparecer, de no hacer valer sus medios, la Corte manifiesta habitualmente su pesar por tal decisión que comporta consecuencias negativas a la buena administración de la justicia"[427].

ii. Efectos de la no comparecencia en la decisión del Tribunal

La no comparecencia de una de las partes en el proceso en cualquiera de sus fases **no afecta la validez de la decisión del Tribunal**. La sentencia adoptada en el caso de no comparecencia de un Estado, debe tener el mismo valor que una sentencia adoptada dentro de un proceso contradictorio[428]. "El hecho de que un Estado pretenda "reservar sus derechos" a propósito de una decisión futura de la Corte una vez que ésta se declare competente no tiene una incidencia manifiesta sobre la validez de dicha decisión"[429].

Si un Estado decide no comparecer, debe aceptar las consecuencias de su decisión siendo la primera que el proceso podría seguir sin su participación. La futura decisión del Tribunal le vincula jurídicamente conforme al artículo 59 del Estatuto; de manera que este carácter permite a la parte demandante recurrir a lo previsto en el artículo 94-2 de la Carta de las Naciones Unidas que autoriza el recurso al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que recomiende o decida las medidas que deban adoptarse para hacer ejecutar la sentencia.

---

423 CIJ. Rec. 1973,p. 7.
424 CIJ. Rec. 1974, pp. 257 y ss.
425 CIJ. Rec. 1978, pp. 7-8.
426 CIJ. Rec. 1980, p. 18.
427 CIJ, Rec. 1986, pp. 23-24.
428 COLLIARD, C-A, *La non comparution*, Colloque de Lyon, SFDI, París, Pédone, 1987, p. 167.
429 CIJ. Rec. 1974, p. 9.

g. El desistimiento

De acuerdo con el artículo 88 del Reglamento, una parte o ambas en forma conjunta pueden decidir informar a la Corte sobre su **desistimiento.** La Corte dictará una Providencia y, en caso de desistimiento unilateral, consultará a la otra parte, para luego ordenar el retiro del Caso de la lista de Casos ante la Corte (*radiation du rôle*). La motivación, por lo general más fácilmente visible en el caso del desistimiento conjunto, es el arreglo al que habrían llegado las partes, en relación con el fondo de la controversia.

La Corte Permanente conoció varios casos en que las partes desistieron, entre los cuales cabe citar el de la controversia entre Bélgica y China, relativo a la *Denuncia del Tratado de Capitulación del 2 de noviembre de 1865*. El demandante —Bélgica— comunicó a la Corte las negociaciones entabladas entre las partes que habían permitido concluir un acuerdo y, en consecuencia, solicitaba, que el caso fuera retirado de la lista de casos ante la Corte. Como el demandado aceptó tácitamente, al no oponerse, el Tribunal, mediante Providencia, declaró el desistimiento del demandante y la retirada del caso. La Corte ha conocido otros casos de desistimiento: *Groenlandia*, el *Príncipe Von Pless* y, después, entre otros, el de la *Protección de los nacionales en Egipto*; *derechos de los nacionales de la Estados Unidos en Marruecos*; *Sociedad de Electricidad de Beirut; Incidente aéreo del 27 de julio de 1955* (2 casos) y *Barcelona Traction* (Desisitmiento del 23 de marzo de 1961).

La Corte puede decidir, siempre que no exista ninguna posibilidad de proseguir el procedimiento y que las partes, desde luego, como anotáramos antes, así lo acordasen, que el asunto sea retirado de la lista de asuntos; así ocurrió en los Casos de *Incidentes aéreos* planteados por Estados Unidos, en contra de la Unión Soviética y otros países socialistas, que fueron retirados de la lista, por Providencias del Tribunal. En el Caso de la *Barcelona Traction*, Bélgica desistió de la acción mediante Nota transmitida a la Secretaría, el 23 de marzo de 1961, en base al artículo 69 del Reglamento. España, por su parte, no formuló objeciones a tal desistimiento, por lo que la Corte excluyó el Caso de la lista).

En el Caso de las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas,* los Gobiernos de Nicaragua y Honduras suscribieron un acuerdo por el cual lograron un arreglo extrajudicial, sobre cuya base el agente de Nicaragua, en Nota del 11 de mayo de 1992, informó a la Corte que su Gobierno había decidido renunciar a los derechos y que no iba a seguir el procedimiento. Conforme al artículo 89 del Reglamento de la Corte el Presidente fijó el 25 de mayo de 1992 como fecha límite para que Honduras declarara si se oponía al desistimiento. Más tarde, por Nota del 14 de mayo de 1992, el coagente de Honduras informó a la Corte que su Gobierno no se oponía a ese desistimiento. En consecuencia, el 27 de mayo de 1992 la Corte adoptó una Providencia para constatar el desistimiento y ordenar el retiro del caso de la lista de asuntos que examina el Tribunal.

En el Caso de *Ciertas cuestiones referentes a las relaciones diplomáticas,* iniciado por demanda unilateral de Honduras el 28 de octubre de 2009, en contra de Brasil, por una controversia jurídica sobre cuestiones jurídicas referentes a las relaciones diplomáticas y conexas al principio de no injerencia en asuntos que son esencialmente de jurisdicción interna de un Estado, principio incorporado a la Carta de las Naciones Unidas, Honduras informó a la Corte el 30 de abril de 2010 que **desistía** del procedimiento. La Corte, después de informar a Brasil y de no haber oposición para dicho desistimiento, cerró el caso y ordenó que se le suprimiera de la lista (*radiation du rôle)* mediante Providencia del 12 de mayo de 2010.

Más recientemente, en el Caso de *Determinados procedimientos penales en Francia*, con base en el artículo 89 del Reglamento, Congo desistió el 5 de noviembre de 2010 de la demanda intentada el 9 de diciembre de 2002 para que se anularan las medidas de investigación y enjuiciamiento adoptadas por las autoridades judiciales francesas atendiendo a una denuncia de crímenes de lesa humanidad y tortura presentada por diversas asociaciones contra funcionarios de ese país, mediante comunicación dirigida a la Corte el 5 de noviembre de 2010.

En este caso la Corte, basándose en el artículo 89 del Reglamento, después de conocer el desistimiento de Congo, se lo comunicó a Francia y fijó la fecha límite del 12 de noviembre de ese mismo año para que declarara si se oponía. En la misma fecha, Francia comunicó a la Corte no

tener objeciones al respecto y el tribunal tomó nota y declaró la supresión del Caso de la lista de la Corte (*radiation du rôle)*, en noviembre de 2010[430].

h. Procedimientos incidentales

Durante el proceso pueden presentarse incidencias procesales que deben solucionarse antes de la cuestión de fondo a la cual, desde luego, deben estar vinculadas. Estas incidencias pueden tomar forma de objeción a la competenciaoenrelaciónconlaadmisibilidaddelademanda[431].

DeacuerdoconelReglamento del tribunal, tales incidencias serían: la adopción de **medidas provisionales** (Arts. 41 a 48 del Estatuto y 73 a 78 del Reglamento); las **excepciones preliminares** (Art. 79); la reconvención (Art. 80); la **intervención** (arts. 81 a 86).

i **Medidas provisionales**

En primer lugar, veamos aquellas medidas que la Corte puede adoptar para "**salvaguardar los derechos en litigio en un procedimiento judicial.**"432(negrillas nuestras)

El artículo 41 constituye el fundamento del poder de la Corte para tratar una demanda de indicación de medidas provisionales. Es una disposición que todas las partes en el Estatuto han aceptado y en esta aceptación reside el consentimiento de los Estados a esta forma especial de competencia. Se le ha calificado de **competencia incidental** porque la Corte ha sido llamada a ejercerla al margen de un procedimiento ya incoado ante ella[433].

---

430 Ordenanza del 16 de diciembre de 2010.

431 FAWCET, J.E.S, *General Course of International Law*, RCADI, 1971, Vol. I, No 132, p. 525.

432Decisión en Caso de *Personal diplomático y consular,* CIJ.Rec.1979, p.19, pár.36; *Controversia fronteriza*, CIJ.Rec. 1986, p.8, pár.13; Caso de *Paso por el Grand Belt,* Ordenanza del 29 de julio de 1991, CIJ.Rec. 1991, p.9, pár.22.

433 Opinión Individual del juez Jiménez de Aréchaga, adjunta a la Decisión sobre la Plataforma Continental del Mar Egeo, CIJ. Rec. 1976.

La **facultad de un Estado** parte en una controversia de solicitar al Tribunal la indicación de medidas provisionales o precautelares se funda en los artículos 41 y 48 del Estatuto y 73 y siguientes del Reglamento.

Hasta 1936 el Reglamento no contenía ninguna disposición relacionada con el momento en el cual la solicitud de indicación de medidas provisionales podrían ser solicitadas al Tribunal por una parte en el proceso. Tampoco existía ninguna disposición relacionada con la forma de la demanda ni con su contenido. Esta laguna se llenará más tarde en el Reglamento de ese año, texto que fue reproducido sin modificaciones en el Reglamento de 1946 y más tarde en el revisado de 1972 de 1978.

La Corte indicó que era útil consagrar a estas cuestiones un artículo del Reglamento. El nuevo artículo 73 retoma en forma diferente el artículo 66-1 del Reglamento de 1972. Contiene nuevas precisiones: la **demanda debe ser por escrito**; la copia conforme debe ser transmitida por el *Greffier* a la otra parte. Esto simplemente confirma la práctica del Tribunal sin agregar nada nuevo[434].

En la práctica, la Corte ha adoptado medidas de esta naturaleza en diversas oportunidades, aunque también las ha rechazado como veremos enseguido.

Así, por ejemplo, en el Caso de la *Controversia fronteriza*, Burkina Fasso solicitó, en nota del 30 de diciembre de 1985, la aplicación de tres medidas provisionales: la abstención de cualquier acto susceptible de impedir o poner trabas a la ejecución de la sentencia de la Sala; la abstención de todo acto que pudiera obstaculizar la reunión de elementos de prueba; y, sobre todo, la retirada de las fuerzas armadas de las dos partes de la línea impuesta por la Comisión mediadora de la OUA. Por su parte, el Gobierno de Malí, en nota del 27 de diciembre de 1985, solicitó a la Sala "la indicación de oficio de medidas precautelares, lo que no había sido nunca hecho antes"[435], sugiriendo a la vez invitar a Burkina Faso que impidiera todo tipo de acto susceptible de prejuzgar los derechos de Mali en la ejecución de la sentencia, así como todo acto

---

[434] GUYOMAR, G. op. cit. p. 470.

[435] GAUTRON, J-C, *Création d'une Chambre au sein de la CIJ*, AFDI, París, 1986, p. 204.

susceptible de agravar o prolongar la controversia. La Sala Especial de la Corte creada para examinar el asunto adoptó algunas de las medidas solitadas por ambas partes, mediante Providencia del 10 de enero de 1986.

La Corte acordó también medidas provisionales en el Caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta*, en Providencia adoptada el 10 de mayo de 1984. En esa oportunidad el Tribunal solicitó a Estados Unidos que pusiera fin inmediatamente y se abstuviera de toda acción que limitara el acceso a los puertos nicaragüenses o desde ellos y, en particular, la colocación de minas. Igualmente, señaló que el derecho a la soberanía y a la independencia política que poseía la República de Nicaragua, al igual que cualquier otro Estado de la región y del mundo, debía respetarse plenamente y no debía verse comprometida, en modo alguno, por actividades militares y paramilitares prohibidas por los principios de Derecho Internacional, en particular, el principio de que los Estados deben abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado y el principio relativo a la obligación de no interferir en los asuntos que pertenecen a la jurisdicción interna de un Estado, principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Los Estados Unidos y Nicaragua debían —agrega la Corte— asegurarse de que no se adoptara ningún tipo de medida que pudiera agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte. Y, finalmente, las partes debían asegurarse también de que no se adoptara ninguna medida que pudiera menoscabar los derechos de la otra parte con respecto al cumplimiento de la decisión que la Corte pudiera dictar sobre el caso.

Generalmente, un Estado, el demandante, solicita la adjudicación de estas medidas por el Tribunal. Sin embargo, en algunos casos, las partes lo hacen simultáneamente. En otros sucesivamente, tanto el demandante como el demandado. En el Caso de la *Sentenciaarbitraldel31dejuliode1989,*iniciado, como vimos, sobre la base de un compromiso bilateral, GuineaBissau y Senegal se dirigieron paralelamente a la Corte, solicitando la adopción de estas medidas

aunque, desde luego, no fueron coincidentes en sus planteamientos y en sus pretensiones.

También el Caso de las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, iniciado por Argentina, por demanda del 4 de mayo de 2006, el demandante solicitó el 6 de mayo de 2006, con base en los artículos 41 del Estatuto de la Corte y 73 de su Reglamento, medidas provisionales, lo que fue comunicado por la Secretaría a la otra parte. A ese respecto, Uruguay presentó sus comentarios días mas tarde, el 2 de junio de 2006. Tiempo después, en el mismo caso, Uruguay presenta a su vez la solicitud de medidas provisionales. En efecto, el 29 de noviembre de 2006, basándose en las mismas disposiciones del Estatuto y del Reglamento, solicitó determinadas medidas a la Corte, siempre mientras se decide el fondo de la cuestión.

No siempre la Corte acuerda estas medidas, como dijimso antes. La Corte, como se ha dicho, **puede negar la adopción de medidas provisionales** si considera que las mismas no son justificadas. En el Caso de la *Aplicación e interpretación de la Convención de Montreal del 23 de septiembre de 1971,* el gobierno libio solicitó al Tribunal la adopción de medidas provisionales en contra de los Estados Unidos para que no instrumentara medidas calculadas en contra de Libia, con objeto de ejercer sobre ésta coerción u obligarla a entregar los acusados a cualquier jurisdicción fuera de Libia y que no se adoptaran, medidas que pudieran perjudicar de cualquier manera los derechos libios. Esta solicitud fue rechazada por el Tribunal, según Providencia del 14 de abril de 1992, adoptada por 11 votos contra 5, a la cual varios jueces adjuntaron declaraciones, opiniones individuales y opiniones disidentes. En este acto, la Corte indicó que "las circunstancias del caso no son de tal naturaleza que exijan el ejercicio de su poder de indicar medidas precautelares, en virtud del artículo 41 del Estatuto".

En el Caso de la *Plataforma continental del mar Egeo* Grecia (demandante) solicitó al Tribunal la adopción de medidas provisionales, para que ambos Estados se abstuvieran, a menos que mediara el consentimiento de las dos partes y en espera de la decisión definitiva de la Corte, de efectuar cualquier actividad de exploración o de investigación científica, en relación con las zonas objeto de la

controversia. E, igualmente, que se abstuvieran de nuevas medidas o acciones militares que pudieran poner en peligro la paz en la zona.

La Corte consideró entonces que no había necesidad de indicar tales medidas y que esperaba que los dos Estados respetaran la resolución del Consejo de Seguridad 395 (1976), en la cual se les instaba a que hicieran todo lo necesario para evitar tensiones en el área y, a la vez, que reanudaran las negociaciones para resolver pacíficamente las diferencias planteadas. El Tribunal decidió, mediante Providencia del 11 de septiembre de 1976, por 12 votos contra 1, que "las circunstancias, tal como se planteaban ante la Corte, no eran de índole tal que requirieran el ejercicio de su facultad de indicar medidas provisionales de protección, en virtud del artículo 41 del Estatuto".

También en el Caso del *Gran Belt* la Corte señaló por unanimidad en su Providencia del 29 de julio de 1991 que las circunstancias, tal como se presentaron a la Corte, no requerían el ejercicio de su potestad, con arreglo al artículo 41 del Estatuto, para indicar medidas provisionales. En el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989* la Corte " rechaza la solicitud de medidas precautelares depositadas ante la Secretaría, por la República de Guinea Bissau, el 18 de enero de 1990, mediante Providencia u Ordenanza del 2 de marzo de 1990, por 14 votos contra uno, en la que

En el Caso de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, Camerún solicitó la indicación de medidas provisionales, siempre en base al artíaculo 41 del Estatuto y73 del Reglamento, en el que subraya la "urgencia y la gravedad" de la situación planteada por enfrentamientos armados en la frontera. Además, Camerún, refiriéndose al artículo 73-2 del Reglamento, precisa las consecuencias que traeríael rechazo de esta solicitud. El objeto de las medidas es muy preciso. Camerún solicita a la Corte que ordenara el retiro de las fuerzas armadas de las partes a los sitios en donde estaban antes del ataque nigeriano del 3 de febrero de 1996; que se abstuvieran de toda actividad militar a lo largo de la frontera hasta que se produjera la decisión del tribunal y que las partes se abstuvieran de todo acto que pudiere complicar la reunión de elementos de prueba en la primera instancia."

En el Caso de las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, antes referido, la Corte rechazó las solicitudes presentadas sucesivamente por las partes. En relación con las planteadas por Argentina, la Corte por Providencia del 13 de julio de 2006 concluyó que "las circunstancias, tal como se presentaban, no revestían la naturaleza suficiente como para acordar tales medidas". Y, en cuanto a las presentadas por Uruguay, la Corte, después de oír a las partes, como es usual, decidió por Providencia del 23 de enero de 2007, que "las circunstancias, tal como se presentaban, no eran de la naturaleza suficiente como para exigir el ejercicio de su poder de indicar medidas provisionales...".

Más recientemente, en el *Caso de Ciertas acciones llevadas a cabo por Nicaragua en territorio costarricense*, Costa Rica depositó una demanda de indicación de medidas conservatorias, el 18 de noviembre de 2010, en la que precisa que "el objeto de la controversia y de la presente demanda de indicación de medidas provisionales está constituida por los derechos de Costa Rica a la soberanía, la integridad territorial y a la no injerencia en sus derechos sobre el río San Juan, sus tierras y sus zonas naturales protegidas, así como en sus derechos relativos a la integridad del Colorado".

Costa Rica presentó la demanda **con carácter de urgencia,** recordando que esas medidas tienen por objeto salvaguardar los derechos de cadaunadelaspartes,mientraslaCorteadoptasudecisiónsobreelfondo. Las medidas solicitadas, en concreto, fueron: Retirada inmediata e incondicional de todas las fuerzas nicaragüenses de las partes del territorio costarricense invadidos y ocupados de manera ilícita; cese inmediato del dragado de un canal en territorio de Costa Rica; cese inmediato de la tala de árboles y de la vegetación y de tierra en el territorio de Costa Rica, especialmente en los humedales y en los bosques; cese inmediato del vertido de sedimentos en territorio costarricense; suspensión, por Nicaragua, del programa continuado de dragado realizado por ésta para ocupar e inundar el territorio costarricense y de causar daños a éste, así como con miras a portar graves perjuicios a la navegación en el Colorado o de perturbarla, suspensión requerida para dar pleno efecto a la Sentencia Cleveland, a la espera de una decisión sobre el fondo.

Después de las audiencias públicas convocadas por la Corte, Costa Rica presentó las siguientes Conclusiones: Costa Rica solicita que la Corte le exija a Nicaragua, entre otras, y mientras se decide el fondo, abstenerse de mantener sus tropas armadas y otros agentes en la zona, comprendida la Isla Portillos, es decir, la rivera derecha del río San Juan; construir y ampliar un canal. Nicaragua, de acuerdo con el artículo 60 del Reglamento, pide a la Corte, rechazar la demanda de Costa Rica.

La Corte se pronunció el 8 de marzo de 2011 sobre la solicitud de Costa Rica, del 18 de noviembre de 2010, aprobando cuatro medidas provisionales o precautelares. Entre ellas, la Corte acuerda que "cada una de las partes se abstendrá de enviar o de mantener en el territorio en litigio, comprendido el caño, agentes, sean civiles, de policía o de seguridad." Y, aunque esta vez no por unanimidad, como el párrafo 1 transcrito, que "...a pesar del párrafo 1, Costa Rica podrá enviar al territorio en litigio, comprendido el caño, agentes civiles encargados de la protección del medio ambiente en la estricta medida en que tal envío sea necesario para evitar que se cause un perjuicio irreparable a la parte de la zona húmeda en el que ese territorio está situado; Costa Rica deberá consultar la Secretaría de la Convención de Ramsar en cuanto a esas actividades, informar previamente a Nicaragua y tratar lo más posible de encontrar con ésta, soluciones comunes al respecto."436

La Corte recuerda en este Caso que el poder de indicar medidas provisionales según el artículo 41 de su Estatuto, tiene por objeto "salvaguardar los derechos de las partes, meintras adopta la decisión. La Corte puede, en consecuencia, ejercer este poder solo si, de una parte, los derechos alegados por una parte aparecen al menos plausibles y, por la otra, que exista un vínculo entre los derechos que hacen el objeto de la instancia pendiente ante ella, sobre el fondo del asunto; y, las medidas precautelares solicitadas."437

La Corte ha acordado **medidas provisionales que no han sido observadas por el destinatario**, como es el caso de Francia en el Caso de los *Ensayos nucleares.* También, la Corte **ha adoptado medidas que ha debido levantar ulteriormente,** luego de tomar una decisión sobre su

436 Comunicado de Prensa de la Corte, 2011/6,del 8 de marzo de 2011.
437 CIJ.Rec.2011, párs.53 a 65.

competencia. Así, en el Caso de la *Anglo- Iranian Oil Co* la Corte tuvo que levantar las medidas luego, cuando se declaró incompetente para conocer el fondo de la cuestión planteada por el Reino Unido, en 1951. De la misma manera, en el Caso de la *Aplicación de la Convención internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial* (Georgia/Federación Rusa) la Corte debió también retirar las medidas provisionales acoradadas antes, mediante Providencia del 15 de octubre de 2008, una vez pronunciada su Decisión sobre Excepciones Preliminares y que se declarase incompetente para conocer el asunto. Recuerda la Corte que en su Ordenanza del 15 de octubre de 2008 había acordado ciertas medidas provisionales, la que deja de surtir efectos "desde el momento en que se pronuncie esta Decisión".438

a. La indicación de medidas a instancias del Tribunal

La Corte tiene **el poder y el deber de indicar las medidas provisionales** que contribuyan a asegurar la buena administración de justicia[439]. De manera que la Corte tiene la **facultad** de indicar medidas pero, a la vez, tiene la **obligación** clara de indicarlas cuando se estime necesario.

La Corte además de considerar la solicitud de las partes en la controversia, puede adoptar medidas provisionales, **aunque las partes no las hubieren solicitado**[440]. La Corte puede incluso indicar **medidas provisionales total o parcialmente diferentes** a las solicitadas por las partes; ella puede indicar medidas de protección diferentes a aquellas propuestas en la solicitud y puede indicarlas *motu proprio*"[441]. Y, más allá, en determinadas circunstancias, puede decretar **medidas a los dos Estados partes en la controversia,** incluso al que ha solicitado la aplicación de medidas provisionales, en base al artículo 75-2 del Regalmento. Asi lo hizo en el Caso de *Algunas actividades realizadas por Nicaragua en la región fronteriza442*. Y, más recientemente, en el Caso de

438 CIJ.Rec.2011, p,65, par. 186
439 GAUTRON, J-C, art.cit. p. 213.
440 Providencia del 11 de septiembre de 1976.
441 ROSENNE, Sh. Op. cit. p. 427.
442 Providencia del 8 de marzo de 2011, pír.76.

la *Interpretación de la Decisión del 15 de junio de 1961 en relación con el Templo de Preah Vihear*443.

El Tribunal señaló en una oportunidad que "además de las medidas precisas que las circunstancias puedan conducirle a recomendar, la Corte tiende, en general, a pedir a las partes, no sólo cualquier acto susceptible de prejuzgar los derechos de la otra parte en la ejecución de la sentencia, sino también **impedir todo acto de cualquier naturaleza que pueda agravar o extender la controversia**, como lo hizo, entre otros, en el Caso de la *Controversia terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria444*. Es más, la Corte estaría obligada a indicar medidas provisionales si surgen incidentes armados, como en el citado Caso de la *Controversia Fronteriza*.

b. La indicación de medidas y la competencia

La Corte sólo puede indicar estas medidas si las disposiciones invocadas por el demandante como base de competencia parecen *prima facie* constituir una base sobre la cual la competencia de la Corte pueda fundarse aunque "no es necesario, antes de tomar una decisión, asegurarse de manera definitiva que ella es competente para conocer el fondo del asunto " como lo dijo en su Ordenanza del 3 de marzo de 1999, en relación con la solicitud de Alemania en el Caso *LaGrand*.

En el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989* el Tribunal consideró que "las dos declaraciones que las partes hicieron conforme al artículo 36-2 del Estatuto y que el demandante invoca, parecen constituir *prima facie* una base de competencia"[445]. Sin embargo, en este caso, la Corte rechazó la solicitud de Guinea Bissau. Más recientemente y en forma más precisa la Corte reitera su posición en el Caso de *Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la región fronteriza, entre Costa Rica y Nicaragua,* cuando dijo que "trás notar que Nicaragua, en el presente

443 Providencia del 8 de julio de 2011, p.16, pár. 60.
444 CIJ, Rec. 1996 (I), pp :22-23, pár.41. Ver también el Caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo,* (Medidas precautelares) CIJ,Rec.2000, p.128, pár.44 y el Caso de las *Algunas actividades de Nicaragua en la región fronteriza,* Providencia del 11 de marzo de 2011, p. 83.
445 Comunicado de Prensa 90/5, p. 4, del 2 de marzo de 1990.

caso, no ha contestado su competencia para conocer la controversia, la Corte estima que los instrumentos invocados por Costa Rica parecen, a *prima facie*, constituir una base sobre la cual ella pueda fundar su competencia, permiténdole, si ella estima que las circunstcnias lo exigen, indicar medidas precautelares."446

Dos cuestiones distintas se plantean en relación con la competencia de la Corte. En primer lugar, la competencia en relación exclusiva con la indicación de medidas provisionales o precautelares y después, en relación con la competencia para conocer la cuestión de fondo y su relación con la solicitud de indicación de medidas. En el Caso de la *Plantade Celulosas* (Argentina/Uruguay), como se dijo antes, Argentina cuestionó la competencia de la Corte, para indicar algunas medidas solicitadas por Uruguay, principalmente, por cuanto dicha solicitud no tenía ninguna relación con el estatuto del río Uruguay, ni con la demanda por la que se incoaba el procedimiento.

La Corte reiteró entonces que para pronunciarse sobre una demanda en indicación de medidas provisionales, no necesita asegurarse de manera definitiva que era competente para conocer del fondo del asunto. Pero, precisó, solamente las indicaría si considera que *prima facie*, hay una base sólida para pensar que su competencia podría estar fundada. La Corte había en este caso considerado que tenía competencia *prima facie* par conocer el fondo, en virtud del artículo 60 del Reglamento. Estimó entonces el tribunal que había una relación con el objeto de la demanda y que podía ser, en principio, protegido por la indicación de las medidas solicitadas.

La Corte reafirmó el derecho que tiene de indicar medidas provisionales para **salvaguardar el derecho de las partes en un asunto** "esperando la decisión definitiva" y previendo que tales medidas son necesarias para impedir que se cause un perjuicio irreparable a los derechos en litigio, pero —subrayó— si hay la necesidad urgente de indicarlas.

La negativa por la Corte de indicar medidas provisionales o precautelares no impide que la misma parte pueda introducir una **nueva solicitud,** de acuerdo con el artículo 75-3 del Reglamento que

446 CIJ.Rec.2011,pár. 49 a 52.

recuerda la Corte en su Providencia sobre el Caso de la *Plantade Celulosas* cuando señala que "deja intacto el derecho de Argentina de presentar en el futuro una nueva solicitud de medidas provisionales fundada en nuevos hechos"[447].

Finalmente, el hecho de que la Corte se pronuncie favorable o desfavorablemente en relación con una solicitud de medidas provisionales, **no prejuzga la competencia y la admisibilidad de la demanda**. En el Caso de la *Planta de Celulosa*, la Corte en el párrafo 85 de su Providencia del 13 de julio de 2006, precisa que "la decisión adoptada (...) no prejuzga en nada la cuestión de la competencia de la Corte para conocer el fondo del asunto, ni ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda...".

c. **El tratamiento de la solicitud y la adopción de medidas**

El Tribunal otorga un **carácter prioritario** al examen de la solicitud de indicación de medidas o de la necesidad de que se adopten medidas de esta naturaleza, aunque ninguna de las partes lo hubiese solicitado. De acuerdo con lo previsto en el artículo 74-2 del Reglamento, el Presidente convoca con carácter de urgencia a la Corte la cual celebrará, como ha sido por lo general hasta ahora, sesiones públicas en la que las partes exponen sus criterios y puntos de vista a favor y en contra de la indicación de dichas medidas.

El carácter de **urgencia** es generalmente dado al tratamiento de la solicitud de indicación de medidas precautelares o provisionales, aunque una parte pueda oponerse, como en el caso de los Estados Unidos que se opuso al tratamiento urgente de la cuestión planteada por Libia en el asunto de la *Interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971*. Libia había pedido a la Corte en este caso que "adoptara sin retardo las medidas precautelares". Estados Unidos, por su parte, al oponerse, indicó que "la Corte, habida cuenta de la ausencia de toda demostración de urgencia (...) no debía darse este carácter".

El Tribunal refiere esta postura de Estados Unidos, pero no la retiene y le otorga, tácitamente, el carácter de urgente al tratamiento de la cuestión planteada por Libia. Posteriormente, el Tribunal examina la

[447] Ordenanza del 13 de julio de 2006, pár. 85 y 86.

cuestión en sesión privada, concluyendo con la adopción de una Providencia u Ordenanza, como ha sido la práctica constante.

c. El carácter de las medidas provisionales

El carácter de las medidas provisionales, es decir, si son o no obligatorias para la parte objeto de la indicación, ha sido una cuestión debatida por la doctrina y considerada por la Corte.

Las medidas provisionales se establecen mediante unaProvidencia. Distintamente a sus Decisiones, **estos actos del Tribunal no serían obligatorios,** según el artículo 59 del Estatuto aplicable a las Decisiones o Fallos. Estas medidas tienen, como lo indica su nombre, un carácter provisional, mientras se adopta la decisión en forma definitiva y ante todo, como se ha podido ver, tienen por finalidad proteger los intereses de los Estados partes en la controversia, por lo que también son llamadas "conservatorias".

La indicación de medidas provisionales, expresadas en una Providencia, no podría tener desde el punto de vista formal, un carácter equiparable al de las Decisiones del Tribunal. Las partes no podrían sentirse vinculadas desde el punto de vista jurídico, aunque deben aceptarlas en beneficio del desarrollo del proceso. Desde luego, su aceptación no es fácil y crea serios problemas, especialmente cuando el proceso se inicia por una demanda unilateral y el Estado demandado cuestiona la competencia del Tribunal.

Hasta que considerara el Caso *LaGrand*, la Corte ni su predecesora la CPJI se habían pronunciado sobre el carácter vinculante de estas medidas. Si bien Alemania precisó en la Audiencia que no podían ponerse en el mismo nivel una Decisión sobre el fondo o sobre su competencia y una medida precautelar, sostuvo en su Memoria que "las medidas precautelares indicadas por la Corte Internacional de Justicia tenían fuerza obligatoria en virtud del Derecho establecido por la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte, apoyándose en el principio del "efecto útil", a las "condiciones de procedimiento para la adopción de las medidas precautelares", al "carácter obligatorio de las medidas provisionales como consecuencia necesaria del carácter obligatorio de la decisión definitiva", en el parágrafo 1 del artículo 94 de

la Carta de las Naciones Unidas, en el parágrafo 1 del artículo 41 del Estatuto de la Corte y en la práctica del tribunal.

Estados Unidos tenía una posición diversa, en base a las diferencias en la redacción del artículo 41 en los diferentes idiomas, lo que dio lugar a la interpretación por la Corte del artículo 41 del Estatuto para precisar el alcance de estas medidas. Ni la Carta ni el Estatuto presentan una solución cuando se trata de diferencias entre dos textos, como sería el caso, el inglés y el francés, por lo que la Corte recurre al artículo 33-4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que refleja, como lo dice la misma Corte y lo hemos dicho antes, el Derecho Internacional consuetudinario.

La Corte considera que el poder de indicar medidas provisionales o conservatorias conlleva su **carácter obligatorio** "en la medida en que dicho poder está fundado en la necesidad, cuando las circunstancias lo exigen, de salvaguardar los derechos de las partes. Pretender que estas medidas no son obligatorias sería contrario al objeto y al fin del artículo 41"448. La Corte concluye que las medidas provisionales adoptadas en virtud del artículo 41 son vinculantes.449 La Corte reitera esta apreciación en su Decisión en relación con el Caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* cuando recuerda que "las medidas provisionales decretadas por la Corte el 1 de julio de 2000 **crea obligaciones jurídicas que las partes deben respetar**"*450*. (negrillas nuestras)

ii. **Excepciones preliminares**

La**competencia**delaCorte para conocer un asunto y la **admisibilidad**deunademandapuedenserplanteadas,porescrito"loantesposible", y a más tardar en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la Memoria; indistintaoconjuntamente,porlapartedemandada,antes de que se continúe con el proceso sobre el fondo, de conformidad con el artículo 79 del Reglamento, enmendado en febrero de 2001. La otra parte es

448CIJ.Rec. 2001, p.503, par.103.
449CIJ.Rec.2001, p.506,par.109
450 CIJ, Rec.2005, p.258, pár. 263.

informada por la Corte y responderá a la misma, antes de que el Tribunalcontinúeelexamendelfondo.ElTribunalpuedehacerlo, si se planteanambascuestiones,enunasoladecisiónoporseparado(Art.79-2).

La **excepción preliminar** puede ser planteada por **incompetencia** en razón de la persona, de la materia o del tiempo, a lo que ya nos referimos en su oportunidad. La **inadmisibilidad** puede ser planteada por considerar que no hay un **interés jurídico** para actuar; porque se trata de asuntos jurídicos **objeto de reserva** por la parte demandada; por considerar que se trata de una demanda sin **objeto preciso**, **indeterminado o vago o que simplemente no tiene objeto**; o, entre otros, que debía recurrirse a un **medio de solución preliminar**.

Las excepciones deben presentarse dentro del plazo fijado para la presentación de la Contramemoria, como lo establece el citado artículo 79-1 del Reglamento. El Estado demandado opone excepciones en forma separada de la Contramemoria y, generalmente, desde el inicio del proceso. En el Caso de las *Acciones fronterizas y transfronterizas*, por ejemplo, Honduras, dentro del lapso establecido e independientemente de la presentación de su Contramemoria, que de hecho no hizo, planteó varias excepciones preliminares que el Tribunal tuvo que conocer antes de examinar el fondo.

Una parte puede presentar excepciones en forma tardía, lo que la Corte puede aceptar para su consideración. En el Caso *Avena*, interpuesto por México en contra de Estado Unidos, mediante demanda del 9 de enero de 2003, por la presunta violación de los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, en perjuicio de 54 ciudadanos mexicanos, condenados a la pena capital en diversos Estados de los Estados Unidos, la Corte consideró la **presentación tardía de excepciones** de competencia y de admisibilidad, por los Estados Unidos, tras la presentación de la Memoria por México.

Estados Unidos, en la fase de indicación de medidas provisionales o conservatorias se reservó expresamente el derecho de contestar la competencia de la Corte más adelante, en el proceso. Estados Unidos presentó cuatro excepciones de competencia y cinco de inadmisibilidad. La Corte consideró que esas excepciones no fueron presentadas en virtud del artículo 79 del Reglamento y que las conocería *in limine*, antes

de abordar las cuestiones de fondo[451]. Finalmente, la Corte rechazó los planteamientos de los Estados Unidos.

Por otra parte, un Estado distinto al demandado puede también plantear una excepción preliminar, según se prevé en la segunda parte del párrafo 1 del artículo 79 del Reglamento, lo que hasta ahora no ha ocurrido. En cualquier caso, en este supuesto, esa parte deberá plantear la excepción "antes del depósito del primer alegato escrito...".

Es difícil distinguir clara y definitivamente, entre las **excepciones de incompetencia y las de inadmisibilidad**. La Corte lo señaló así en el Caso de las *Pruebas nucleares:* "Es inútil —indicó entonces— que tal punto está vinculado a la competencia o tal otro a la inadmisibilidad, debido a que ni la práctica de la Corte Permanente ni la de la actual Corte tienden a distinguir entre las excepciones preliminares de incompetencia y las de inadmisibilidad"[452].

Las excepciones opuestas, como se dijo, deben ser planteadas por **escrito** dentro del plazo fijado. El examen sobre el fondo se suspendería al recibirse dicha demanda de acuerdo con lo estipulado en al artículo 79-3 de ese mismo texto.

En el artículo 62-5 del Reglamento de 1946, revisado en 1972, se permite, sin embargo, postergar la decisión sobre las excepciones preliminares para cuando se decida el fondo de la controversia al señalar que "la Corte, después de haber oído a las Partes, decide sobre la excepción o la une al fondo". En la revisión de 1972 esta posibilidad se excluye, de acuerdo con el artículo 79-7 a menos que se considere que la excepción no tiene un carácter **exclusivamente preliminar**. En este artículo se indica, en efecto, en su parte final, que "si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fija los plazos para que continúe el procedimiento". Esta calificación por la Corte del carácter exclusivamente preliminar es realmente compleja, tal como se puede desprender de las actas que reflejan las intervenciones de las partes, en el Caso de *Fosfatos en Nauru*, en las que se trata de demostrar que **todas las excepciones de**

---

451 CIJ. Rec. 2004, pár.24. Ver también la Decisión sobre la *Convención sontra el Genocidio* (CIJ. Rec. 2007, pár. 101).

452 CIJ. Rec. 1974, p. 363.

competencia y de inadmisibilidad debían ser resueltas antes de abordar el fondo y no junto con éste. En ese Caso, el gobierno de Naurú pidió a la Corte juzgar que "algunas o todas las excepciones preliminares de Australia no tienen, en las circunstancias de ese caso, un carácter exclusivamente preliminar y, en consecuencia, de unirlas algunas o todas al fondo"[453].

Se ha considerado, sin embargo, que postergar el examen de las excepciones y decidir ulteriormente sobre ellas, no es lo más conveniente para el mejor proceso. La Corte señaló que "...sería útil que la Corte decidiera rápidamente sobre todas las cuestiones de competencia y otras cuestiones prejudiciales que pudieran ser planteadas por las partes: la práctica que consiste en no decidir sobre estas cuestiones sino después del examen del fondo del asunto, ha presentado, en efecto, numerosos inconvenientes y ha sido vivamente criticada por los Casos del *Sudoeste africano* y de la *Barcelona Traction*"[454].

En el Caso de la *Electrónica Sicula S.p.A (ELSI)* Italia planteó una excepción de inadmisibilidad, referida al **no agotamiento de los recursos internos** por las empresas americanas que controlaban el capital de la ELSI. En este Caso las partes convinieron en que esta excepción fuera resuelta cuando se examinara el fondo[455]. Esto confirma que sí es posible la consideración por el Tribunal de una excepción preliminar, durante el examen del fondo de la cuestión.

En todos los casos, el Tribunal debe suspender el tratamiento del fondo de la cuestión mientras se deciden las cuestiones relativas a la competencia y la admisibilidad, en virtud del citado artículo 79-5 del Reglamento (Caso de la *Controversia territorial y marítima* entre Nicaragua y Colombia. CIJ, Rec. 2012, p.7, pár.5).

a. Contenido de la excepción preliminar

---

453 CIJ. Rec. 1992, pár. 6.

454 Informe de la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de 1970, citado en el caso de *Fosfatos en Nauru.*

455 Anuario de la CIJ, 1985, p. 158.

El **escrito** que contiene la excepción preliminar, que puede estar incluida en la Contramemoria, contendrá una **exposición de los hechos y fundamentos de derecho** en que se basa la excepción, las **conclusiones** y una lista de los **documentos** en apoyo; mencionará los **medios de prueba** que la parte se proponga producir. Se acompañarán copias de los documentos en apoyo. (Art.79-4 del Reglamento).

b. Fase oral y fase escrita

El proceso para examinar una excepción preliminar es contradictorio y tiene, en principio, **una fase escrita y una oral.** En la primera la Corte (o el Presidente, si la Corte no estuviere reunida) fijará un plazo dentro del cual la otra parte podrá presentar una excepción escrita con sus observaciones y conclusiones; se acompañarán los documentos en apoyo y se indicarán los medios de prueba que se proponga producir.

La Corte ha examinado una serie de excepciones preliminares relacionadas con la **competencia y la admisibilidad de la demanda**. En algunos de esos Casos el Tribunal ha declarado inaceptable la demanda por lo que no ha examinado la cuestión de fondo, como en los Casos, entre otros, de la *Anglo-Iranian Oil Co, Ambatielos, Oro monetario, Plataforma continental del Mar Egeo y el del Personal diplomático y consular en Teherán*.

Desde luego, estos procesos se inician por una demanda unilateral. Cuando dos Estados recurren al Tribunal por un compromiso bilateral no se plantean excepciones preliminares aunque se pueden plantear dudas respecto al alcance de esa competencia, como en el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, en el que las partes recurrieron al Tribunal sobre la base de un acuerdo o compromiso bilateral que no debía presentar dudas, en principio, para luego expresar criterios diferentes sobre el **alcance de la competencia**.

La Corte debe tomar una Decisión rápidamente, dentro de los términos necesarios para su adecuado tratamiento, acerca de las excepciones que pueda plantear la parte demandada. Así, de acuerdo con la Instrucción de Procedimiento V, para acelerar el proceso, el plazo para la presentación por la parte adversa de una exposición escrita que

contenga sus observaciones y conclusiones, en el sentido del artículo 79-5 del Reglamento, no deberá exceder de cuatro meses a partir de la fecha de presentación de dichas excepciones preliminares.

iii. Otros procedimientos incidentales

a. La reconvención

Una parte en el proceso puede plantear una **demanda reconvencional**, demanda que debe tener **relación directa con el objeto de la demanda de la otra parte y, además, debe entrar en la competencia de la Corte,** según lo prevé el artículo 80-1 del Reglamento. La Corte ha conocido algunas demandas reconvencionales, aceptándolas incluso, como en el Caso de la *Fábrica de Chorzow*.

Las demandas reconvencionales sólo pueden ser introducidas cuando se trata de un proceso iniciado por una demanda unilateral pues, si se trata de un proceso iniciado por un compromiso, no habría ni demandante ni demandado. Por otra parte, esa demanda debe ser **conexa con el objeto de la demanda** antes planteada porque sino la Corte no podría unirlas.

En el Caso del *Derecho de asilo*, Perú introdujo una demanda reconvencional solicitando a la Corte declarar que el derecho de asilo acordado por Colombia era ilegal. Perú precisa esta demanda en sus exposición oral del 3 de octubre de 1950 y solicita que la Corte declare que en base al artículo 63 del Reglamento que "el asilo (...) otorgado a Víctor Raúl Haya de la Torre fue hecho en violación del artículo primero y del artículo 2-2 (...) de la Convención sobre el asilo firmada en 1928 y que en todo caso, mantener el asilo constituía (...) una violación de dicho tratado." (CIJ, Rec.1950, p.280). La segunda parte, relativa a la violación del tratado, fue agregada por Perú en la exposición oral, antes referida.

Colombia rechaza la demanda reconvencional por considerar que no estaba directamente vinculada al objeto de la demanda. La Corte, por su parte, examina la Convención de la Habana de 1928, artículos 1 y 2 y los hechos y concluye rechazando ambos planteamientos de la demanda reconvencional (CIJ, Rec.1950, pp: 282 y 288).

En el Caso de las *Acciones armadas, fronterizas y transfronterizas*, Costa Rica, demandado, se reservó el derecho de presentar una demanda reconvencional en su oportunidad.

Más recientemente, en el Caso de *Las inmunidades de jurisdicción del Estado, que enfrenta a Alemania e Italia*, ésta última presentó una demanda reconvencional relativa a la cuestión de las reparaciones debidas a las víctimas italianas de graves violaciones del Derecho Internacional humanitario cometidas por las fuerzas del Reich alemán", expresando que "había una **conexión directa entre los hechos y el derecho** sobre los cuales se fundaba la demanda de Alemania y los hechos y los derechos invocados por Italia..." Alemania se opuso a la demanda reconvencional de Italia, argumentando que la misma no entraba en las previsiones del artículo 80 del Reglamento. La Corte, por trece votos contra uno, dijo que "la demanda reconvencional presentada por Italia en su Contramemoria era inadmisible..."456(negrillas nustras)

b. La intervención de un tercer Estado

Dos tipos diferentes de intervención de un tercer Estado puede permitir la Corte. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 62 "cuando considera que (el Estado) tiene un **interés jurídico** que puede ser afectado por la decisión sobre un asunto", lo que veremos más adelante; y, en segundo lugar, conforme al artículo 63, cuando "se trata de la **interpretación de una convención en la cual son partes otros Estados, además de las partes en litigio**". Se trata del derecho de un tercer Estado de intervenir en un proceso.

En la **demanda de intervención** se debe indicar el **interés jurídico** del Estado, el **objeto preciso,** la **base de competencia** que pueda existir entre ese Estado y los otros en el proceso. Debe contener, además, los documentos de apoyo, como lo indica el artículo 81-2 del Reglamento. Por su parte, la Corte debe tomar en cuenta el interés jurídico de la parte solicitante, la relación sobre la base de competencia con los Estados partes en el proceso y la protección de los intereses manifiestos de los terceros.

456Ordenanza del 6 de julio de 2010.

El Tribunal ha debido pronunciarse en varias ocasiones sobre la intervención de terceros en un proceso, **aceptándola** en **forma completa o limitada** en algunas ocasiones y **rechazándolas** en otras.

La consideración de una solicitud de intervención por la Corte es un **proceso** en el que las partes interesadas, es decir, el solicitante y las partes en la controversia, presentan alegatos y fijan posiciones. La Corte o la Sala deben tomar una decisión al respecto, como lo dijo la Corte en el Caso de la *Controversia fronteriza, terrestre, insular y marítima, entre Honduras y El Salvador*, al examinar la solicitud de intervención de Nicaragua,en su Providencia del 28 de febrero de 1990, tema que veremos más adelante.

En varios asuntos la Corte ha aceptado la solicitud de intervención de un tercer Estado, acordando que su **participación sea limitada,** como ocurrió en el caso de Nicaragua, en el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*.

Tal como ocurre en estos procesos incidentales, la Corte pidió en este Caso a las partes que dieran sus opiniones en relación con la solicitud de Nicaragua. Honduras, por su parte, expresó que no tenía inconvenientes en que la Sala aceptase la intervención, siempre que se limitase a las cuestiones relacionadas con las aguas del Golfo de Fonseca; El Salvador, por su parte, se opuso a la solicitud en todos sus términos. Nicaragua, por su parte, alegaba un interés jurídico que podía ser afectado por una decisión de la Sala, en sus conclusiones. Tal como en el Caso del *Oro monetario,* tratándose de una controversia trilateral, como decía Nicaragua, la Corte no podría ejercer su jurisdicción sin su participación en el proceso.

La Corte examina los cinco aspectos del asunto para determinar en cual o cuales podía Nicaragua participar: Las islas, la situación de las aguas en el interior del golfo, la delimitación eventual de las aguas del golfo, la situación de las aguas al exterior del golfo y la delimitación de éstas. La Sala concluye por unanimidad que sólo y nada mas, Nicaragua podía intervenir en relación con el régimen jurídico del Golfo de Fonseca, rechazando el interés jurídico que pudiere ser afectado por una decisión de la Sala en relación con los otros aspectos.

Esta misma posición de la Corte, se expresó en el Caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en el queGrecia depositó una demanda el 13 de enero de 2011, en virtud del artículo 62 del Estatuto, para **intervenir** en el proceso iniciado entre Alemania (demandante) e Italia, **solamente en lo que se refería a las decisiones adoptadas por sus propias cortes nacionales** (internos) sobre los hechos producidos durante la segunda guerra mundial y ejecutados (por via de *exequatur*) por jurisdicciones italianas, lo que acepta la Corte por quince votos vontra uno (el juez *ad hoc d*e Italia), según Ordenanza del 4 de julio de 2011.

La Corte puede igualmente **rechazar** uan solicitud, como lo ha hecho en varias ocasiones por considerar que el Estado solicitante no tiene un interés jurídico suficiente para participar en el proceso, lo que no quiere decir, como lo expresó el tribunal, que sus derechos queden protegido por esa decisión.

Es el Caso de la *Plataforma continental* que opuso a Libia y Túnez, en el que dos Estados geográficamente vecinos, Italia y Malta, solicitaron intervenir en el proceso. En ese contexto Malta expresó que tenía un cierto interés en la forma en que podrían tratar en el proceso los factores físicos y las consideraciones jurídicas relacionadas con la delimitación en el Mediterráneo central. Igualmente, consideró Malta, cualesquiera pronunciamientos que la Corte hiciera respecto, a por ejemplo, la importancia de las circunstancias especiales o la aplicación de principios equitativos en esa delimitación. Todo ello **tendría probablemente repercusiones, según Malta, en sus derechos e intereses jurídicos**.

Las dos partes contestaron por separado el derecho de Malta de intervenir en el proceso, en virtud de las condiciones exigidas por el artículo 62 del Estatuto y el artículo 81-2 del Reglamento. Malta no habría podido establecer la existencia de un interés de orden jurídico formalmente, ni la existencia de una base de competencia de la Corte, entre el Estado que solicitaba la intervención y las partes en el proceso.

La Corte **rechaz**ó también, el 21 de mayo de 1984, la solicitud de Italia en el mismo proceso, reiterando igualmente que ello no podría significar que el Tribunal ignorase los derechos y las pretensiones de ese Estado. Al decidir sobre esta solicitud la Corte indicó expresamente que

"la presente decisión debe (...) ser de un alcance geográfico limitado, de manera que no afecte las pretensiones de Italia... La Corte, habiendo sido informada de las pretensiones de Italia y habiendo rechazado autorizar este Estado a proteger sus intereses por la vía de la intervención, acuerda así a Italia la protección que ese país buscaba". La Corte consideró entonces que era posible tener en cuenta el interésdeordenjurídicodeItalia—asícomo la de otros Estados de la región mediterránea— al contestar las cuestiones planteadas en el compromiso. Los derechos de Italia estarían salvaguardados por el artículo 59 del Estatuto.

La Corte se pronunció en igual sentido en el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe* la Corte considera la solicitud de Honduras de intervenir como tercer Estado, en el proceso, presentada el 10 de junio de 2010, en virtud del artículo 62 del Estatuto. Honduras precisa en su demanda de intervención que el objeto de ella es **proteger sus derechos** en el mar Caribe, a la vez que de informar a la Corte la naturaleza de los derechos y los interses jurídicos de Honduras que podría resultar afectados por una decisión del tribunal.457 Nicaragua se opone a la solicitud, mientras que Colombia no encuentra objeciones a la misma. Después de un detenido examen, la Corte la rechaza por 13 votos contra dos, en su Decisión del 4 de mayo de 2011.

La Corte puede rechazar una solicitud en **espera de la decisión que adopte sobre las excepciones preliminares o cuestiones de admisibilidad,** como sería el Caso de las *Pruebas Nucleares*, en el que la Corte en pleno no aceptó la solicitud de intervención de Fidji al considerar que "la solicitud de Fidji presuponía, por su misma naturaleza, la competencia de la Corte para conocer la controversia entre Nueva Zelanda y Francia, así como la admisibilidad de la demanda de Nueva Zelanda"[458]. La Corte estimó entonces que no era manifiestamente competente para conocer el asunto y que por ello no podía aceptar la solicitud de Fidji que hacía presuponerla, así como la admisibilidad de la demanda.

457 CIJ.Rec.2011, p,8, pár.12.

458 Providencia del 12 de julio de 1973.

i. El tratamiento de la demanda por la Corte en pleno y por la Sala *ad hoc*

Las demandas de intervención son examinadas, por lo general, por la Corte en Pleno. Sinembargo, cuando se trata de un asunto conocido por una Sala *ad hoc* es a ésta a la que corresponde decidir sobre la aceptación de la solicitud de intervención. En el Caso ya referido de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* la Corte estimó que **una incidencia de esta naturaleza debía ser conocida por el órgano que tenía que decidir sobre el fondo, es decir, en este caso, por la Sala Especial constituida para conocer este caso**. Expresó el tribunal que "la cuestión de la admisión de una demanda de intervención sometida en virtud del artículo 62 del Estatuto exige una decisión judicial sobre el punto de saber si "un interés de orden jurídico está en causa" para el Estado solicitante a intervenir (...) esa solicitud sólo puede ser resuelta por el órgano que deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto; consideró que correspondía a la Sala constituida para conocer el caso, decidir sobre la admisión de intervención en virtud del artículo 62 del Estatuto, introducida por Nicaragua"459

El Gobierno de Nicaragua introdujo la demanda de intervención el 17 de noviembre de 1989, con base en los artículos 36-1 y 62 del Estatuto, por estimar que tenía un **interés jurídico** en este caso fronterizo; estimó que la demanda de intervención relevaba exclusivamente de la competencia de la Corte plenaria"no sólo porque se trataba de un procedimiento incidental, sino también por razones de elemental equidad"[460].

La Corte, sin embargo, consideró que el juez principal debe ser el juez de la incidencia procesal; y, que una Sala que conocía una cuestión de fondo debía, en consecuencia, conocer la cuestión de procedimiento. Toda demanda de intervención, como ya lo había señalado el Tribunal en el Caso *Haya de la Torre*, es una incidencia[461]. La Corte en el primer caso, no se pronunció sobre la demanda de Nicaragua sino que remitió la cuestión a la Sala señalando que "pertenecía a la Sala Especial

459CIJ, Rec.1990, p.98, pár.15.

460 Misma Providencia del 28 de febrero de 1990.

461 CIJ. Rec. 1951, p. 76.

constituida para conocer del presente caso, decidir sobre la admisión de la demanda de intervención en virtud del artículo 62 del Estatuto..."[462].

Otra cuestión importante que podría plantearse en relación con la intervención de un tercer Estado es si una vez aceptada la demanda, esta aceptación incide en la **composición de la Sala** que conoce la cuestión principal, cuando hay jueces *ad hoc* de las partes en el proceso, como en el caso de la delimitación en referencia, en el que El Salvador y Honduras habían designado jueces *ad hoc*. Igualmente, si esto habría de incidir en la ordenación del proceso escrito, tal como lo suscitara Nicaragua en su demanda.

Hasta el presente, el Tribunal no ha modificado la composición de una Sala por la aceptación de la intervención de un tercer Estado. La intervención relativa de Nicaragua fue permitida, como se ha indicado, aunque en forma limitada, sin que se tratase en ningún momento la modificación de la composición de la Sala. A nuestro juicio, un cambio en la composición de la Sala sólo podría producirse antes de iniciarse la fase oral del proceso.

Es importante destacar que una vez iniciadalafaseoraldelproceso los jueces son inamovibles, como sucedió enelcasodeljuezSetteCámara quien a pesar de haber finalizado su mandato continuó siendo miembro de la Sala Especial que conocía el caso entre Honduras y El Salvador; el juez brasileño continuó, además, ejerciendo la presidencia de dicha Sala.

ii. El interés jurídico del Estado solicitante

El interés jurídico, como dijimos antes, debe ser demostrado por el Estado solicitante, para que el Tribunal permita su acceso a un proceso. Este, como también indicáramos, no es el único requisito, según lo señalado en el artículo 81-2 del Reglamento. **El Estado que solicita intervenir en el proceso debe tener un interés jurídico** que la Corte a su vez debe proteger o bien mediante la aceptación de la intervención del tercer Estado o actuando de oficio, como sucedió en el citado caso de Italia en el asunto de la *Plataforma continental* entre Libia y Túnez.

---

[462] Providencia del 28 de febrero de 1990.

En el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, la Corte justificó la aceptación de Nicaragua a participar relativamente en el proceso de reconocer que éste había "establecido que tenía un **interés jurídico** susceptible de ser afectado por una parte de la decisión que la Sala rendirá sobre el fondo, a saber, por la decisión que la adoptará sobre el régimen jurídico de las aguas del Golfo de Fonseca"[463].

En el Caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* antes referido, Grecia precisa el **interés jurídico** que tiene en relación ese proceso, a la vez que precisa el doble objeto que persigue: proteger y salvaguardar, por todos los medios jurídicos disponibles, los derechos de Grecia, especialmente los que han sido reconocidos como resultado de la solución de las controversias surgidas de actos particulares o de la práctica general de Alemania durante la segunda guerra mundial; y, los que emanan del Derecho Internacional general, en particular, en materia de jurisdicción y de responsabilidad del Estado. Además, Grecia persigue informar a la Corte, sobre la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos de Grecia, a los cuales la decisión de la Corte podría afectar, en vista de la demanda incoada por Alemania..."[464].

Una cuestión muy distinta, relacionada con terceros Estados en un proceso ante el Tribunal, es la **solicitud de documentos o piezas del proceso.** Un Estado parte en el Estatuto puede solicitar los documentos en relación con un Caso determinado, debiendo la Corte decidir, tras las consultas con las Partes, si accede o no. El Tribunal ha aceptado, pero también rechazado algunas de estas solicitudes, incluso en el mismo asunto. Así, por ejemplo, en el Caso relativo a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*, Colombia solicitó a la Corte, mediante Nota del 22 de mayo de 2001, en el marco de este proceso, las piezas de procedimiento y los documentos anexos. La Corte, conforme al artículo 53-1 del Reglamento decide que estos documentos se pongan a disposición del solicitante, después de consultar a las partes. Además, la Corte no está obligada a entregar todos los documentos solicitados. También en relación con ello, el Tribunal o el Presidente si fuere el caso, debe consultar a las partes antes de proceder. Igual solicitud planteó Jamaica, mediante Nota del 29 de junio de 2001, a

---

463 CIJ. Rec. 1990, p. 101.

464 Comunicado de Prensa 2011/2, del 17 de enero de 2011.

lo cual accedió el Tribunal. Distintamente, en el mismo caso, El Salvador, mediante Nota también dirigida al Secretario del Tribunal, del 31 de agosto de 2001, hizo igual solicitud. La Corte, tras las consultas exigidas por el Reglamento, decidió que no había lugar a acceder a tal solicitud[465].

La Corte puede acceder a ello, como lo ha acordado en varias oportunidades, como por ejemplo, hace poco, en el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe*, entre Nicaragua y Colombia, en el que los gobiernos de Honduras, Jamaica, Chile, Perú, Venezuela y Costa Rica solicitaron copia de los escritos y los documentos anexos, a lo que accedió el tribunal tras consultar con las partes.

iv. La creación de Salas Sumarias y *ad hoc*

La Corte puede crear dos categorías de Salas Especiales: las primeras, las **Salas Sumarias,** en forma permanente, que se instala al comienzo del cada año, de conformidad con el artículo 29 del Estatuto. La Corte puede además, en cualquier momento, cuando las partes lo soliciten, crear **Salas *ad hoc***, de conformidad con el artículo 26 del Estatuto.

a. Salas Especiales sumarias

De acuerdo con el artículo 29 del Estatuto y 15 del Reglamento, la Corte puede constituir Salas especiales cada año, integrada por cinco de sus Miembros, con el "fin de facilitar el pronto despacho de los asuntos." Por lo general, la Corte constituye una **Sala de Procedimientos Sumarios que resulta** integrada por el Presidente, el Vicepresidente Tomka y tres jueces. Su composoción varía anualmente, como se puede ver en los anuarios de la Corte.

b. Creación de Salas *ad hoc*

Por otra parte, la Corte en pleno, de acuerdo con el artículo 26-2 y las normas reglamentarias correspondientes, puede constituir, con base

---

[465] CIJ. Rec. 2007, pár. 9.

en lo planteado por las partes, una Sala *ad hoc*, para que conozca un asunto determinado. La Corte determinará, con las partes, el número de magistrados que la integran.

El establecimiento de Salas Especiales *ad hoc* ha influenciado positivamente el funcionamiento de la Corte. El Presidente Nagendra Singh señaló a este respecto que "se ha inaugurado una nueva era en el recurso alaCorte.Elsometimientodecasosparticulares a Salas es una posibilidad que le permite a la Corte cerciorarse de las opiniones de las partes sobre la composición del Tribunal, mientras conservan su derecho de designar un juez *ad hoc*. El efecto es combinar en cierta medida, la flexibilidad del arbitraje con una decisión que según el Estatuto, ha de considerarse como una sentencia de la Corte"[466]. Sin duda "la creación de las Salas *ad hoc* permite reforzar el papel de la Corte; realizada la unión feliz entre el modelo judicial y el modelo arbitral, constituye la síntesis de las ventajas de ambos. Por el sistema de Salas los Estados encuentran en la solución por la vía judicial, lo que no encuentran en el arbitraje"[467].

El **consentimiento de las partes es igualmente determinante en la constitución de estas Salas.** Es cierto que la composición la fija la Corte, pero se requiere la aceptación de las partes, aunque esta opinión no es unánime. El juez Morozov, señaló en relación con ello que el compromiso entre los Estados Unidos y Canadá "tenía como punto de partida, la presunción errónea de que, en oposición a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 26 del Estatuto, las partes que presentaban una solicitud de creación de una Sala, para conocer un determinado caso, podían no sólo escoger el número de jueces de la Sala, sino también, decidir y proponer formalmente los nombres de los jueces que debían elegirse por sufragio secreto e, incluso, presentar esas propuestas a la Corte, en forma de cierto tipo de *ultimatum*"[468].

En esta situación se privaba de contenido al derecho de la Corte de efectuar la elección, independientemente de los deseos de las partes, mediante un sufragio secreto, de conformidad con las disposiciones del Estatuto y del Reglamento del Tribunal. A pesar de ello, la Corte atiende

---

466 Discurso pronunciado por el Presidente Singh, en 1980.

467 BEDJAOUI, M. *Remarques sur la création de Chambres ad hoc au sein de la CIJ*, Collque de Lyon, SFDI, 1987.

468 Opinión disidente adjunta del juez Morozov,a la Providencia del 20 de enero de 1982,

la solicitud de las partes. Si la Corte decide sin su consentimiento, la cuestión se complicaría. Las partes podrían incluso retirar el caso de la Corte, lo que pueden hacer en cualquier momento. Para que sea viable se requiere entonces que la decisión de la Corte sobre la composición de la Sala, repose en el consentimiento de las partes involucradas en la controversia, conforme a lo expresado en el artículo 17-2 del Reglamento.

Una Sala *ad hoc* de la CIJ podría ser equiparada, como indicáramos antes, en cierta medida, respetando las especificidades de cada uno, a un Tribunal arbitral, establecido por acuerdo de los Estados partes en una controversia aunque, a diferencia del arbitraje, en el que las reglas de procedimiento son determinadas para cada caso individual, el litigio ante la Sala *ad hoc* está regulado por el firmemente establecido procedimiento de la Corte, cuyas fuentes han sido referidas anteriormente.

Las partes en un proceso ante una Sala *ad hoc* tienen, sin embargo, una mayor influencia en cuanto se refiere a la organización del proceso. El artículo 17 del Reglamento conferiría a las partes "el derecho de hacer valer sus puntos de vista en cuanto a la elección por la Corte de tal o tales miembros para actuar en una Sala Especial. El objetivo parece haber sido acordar a las partes una influencia decisiva sobre la composición de las Salas Especiales"[469].

i. **El recurso a la Sala**

Los Estados en una controversia pueden decidir someter, de común acuerdo, una cuestión a una Sala Especial *ad hoc*, de conformidad con el artículo 26-2 del Estatuto, antes referido. En la práctica las partes expresan esta intención en el acuerdo bilateral por el cual se comprometen a recurrir al Tribunal.

A pesar de que esta posibilidad estaba prevista en el Estatuto anterior, es sólo en el Caso de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, entre Estados Unidos y Canadá, que se inicia esta nueva modalidad procesal que se habría de utilizar más adelante en

[469] Opinión Separada del juez Shahabbudden , en Providencia del 13 de diciembre de 1989.

otros casos: *Controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali); *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (Honduras/ El Salvador) y *Elettronica Sicula* (Estados Unidos/Italia).

En el compromiso bilateral del 29 de marzo de 1979, enmendado ulteriormente, los Gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos acordaron "someter a una Sala *ad hoc*, compuesta de cinco personas y constituida en aplicación del artículo 26-2 y 31 del Estatuto de la Corte y de conformidad con las disposiciones del compromiso, una cuestión relativa al trazado de la frontera marítima única que divide la plataforma continental y las zonas de pesca de las dos partes en la región del Golfo de Maine..."[470].

En el Caso de la C*ontroversia fronteriza*, los Gobiernos de Burkina Faso y de Mali, a sugerencia del Gobierno de Senegal, decidieron recurrir a la Corte, según el Acuerdo del 16 de septiembre de 1983. En este compromiso bilateral se precisa que "las partes someten la cuestión planteada en el artículo I a una Sala Especial de la Corte Internacional de Justicia (...) constituida en aplicación del artículo 26- 2 del Estatuto".

ii. La competencia general de la Sala Especial *ad hoc* y el examen de las cuestiones incidentales

La Sala y no la Corte en pleno, como dijimos antes, es el órgano competente para conocer los **procedimientos incidentales** que las partes puedan plantear en relación con la cuestión que está conociendo y no solamente cuando se trata de una demanda de intervención de un tercero si no, en general en todas las incidencias del proceso.

iii. El procedimiento

Entre el procedimiento de la Corte en pleno y el de las Salas Especiales *ad hoc* no existe **ninguna diferencia** salvo en lo que respecta a su composición, particularmente, en cuanto al número de jueces. El procedimiento es el mismo que se aplica en el plenario, sin perjuicio de aquellas disposiciones del Estatuto y del Reglamento que conciernen a

[470] CIJ. Rec. 1984, p. 10.

las Salas según lo prevé el artículo 90 del Reglamento y las que en cada caso particular, las partes puedan modificar de acuerdo con lo previsto en el artículo 101 del Reglamento.

iv. La decisión de las Salas Especiales *ad hoc*

De acuerdo con lo señalado en el artículo 27 del Estatuto, **la decisión que adopta una Sala debe ser considerada como una decisión de la Corte.** Un caso sometido a una Sala *ad hoc* es juzgado en la misma forma que cualquier otro litigio ante la Corte en pleno y es concluido con una sentencia que tiene el mismo efecto que cualquier decisión del Tribunal. El alcance y la naturaleza de las decisiones de las Salas especiales *ad hoc* son, en consecuencia, similares a los de una decisión adoptada por la Corte en pleno: **carácter obligatoriorespecto de las partes en el proceso y en relación con el asunto planteado (relatividad); y definitivo (cosa juzgada)** aunque, por supuesto, estarían también sujetos a las normas estatutarias y reglamentarias relacionadas con la **revisión** y la **interpretación** de los fallos.

A pesar del carácter obligatorio y definitivo intrínseco a las decisiones de la Corte, algunos Estados, como observamos antes,han declarado previamente, en ciertos casos, que aceptan como obligatorias las decisiones de la Sala, lo que sería una reiteración de los principios relacionados con la materia. Así, por ejemplo, en el artículo IV del compromiso arbitral suscrito, en el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989*, las partes reiteran que "aceptan como definitiva y obligatoria para ellas, la sentencia de la Sala, dada en aplicación del presente compromiso...".

Esta aseveración previa no parece ser necesaria, ya que de cualquier forma, las decisiones de la Sala son equiparables a la decisión de la Corte, es decir, son obligatorias y definitivas. No hay ninguna diferencia entre ellas. Se incurre, quizás, en una sobreprotección, a nuestro juicio, innecesaria. Igual observación se hace en relación con la ejecución de la sentencia. En algunos casos, como veremos más adelante, algunos Estados se comprometen a ejecutar el fallo que se adopte, en el compromiso bilateral mediante el cual convienen en recurrir al Tribunal, lo que también resulta redundante.

i. Las Decisiones de la Corte

Una vez concluidas las deliberaciones, la Corte adopta la decisión y notifica a las partes la fecha en que será leída. La sentencia o decisión de la Corte está dividida, por lo general, en tres partes. La primera agrupa el conjunto de elementos útiles a la individualización del caso: composición de la Corte, indicación de las partes y de los agentes, coagentes y asesores, los hechos, la reproducción de las conclusiones y de los argumentos jurídicos de las partes. La segunda parte está consagrada a la exposición de motivos y, por último, la tercera, a las conclusiones del Tribunal, en la que se especifica la forma en que se adoptó la Decisión con referencia a las Opiniones Individuales, separadas o disidentes de los jueces que desean expresar criterios individuales, como lo prevé el artículo 95 del Reglamento.

La Decisión de la Corte debe estar **motivada**, según lo establece el artículo 56-1 del Estatuto que recoge un principio general de derecho procesal, válido tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional. La motivación "consiste en una disertación en la que se analizan las pretensiones de las partes desde el punto de vista del derecho internacional"[471].

Las **conclusiones** las establecen las partes en la Memoria, en el caso del Estado demandante y en la Contramemoria, cuando se trata del Estado demandado. Estas pueden ser modificadas o confirmadas más adelante en otros documentos escritos o durante la fase oral del proceso. Ahora bien, estas conclusiones no siempre son presentadas con la mayor claridad por las partes, como observáramos antes. Resulta complejo a veces para el Tribunal precisar las conclusiones por estas mismas circunstancias. Por ello, en ciertas oportunidades, el Tribunal ha requerido a las partes precisar sus conclusiones[472]. La presentación de las conclusiones por el Tribunal, por cierto, sigue un orden cronológico.

a. La Presidencia y el rol del Presidente

La Corte funciona, como hemos visto, en Sala Plena, en Salas *ad hoc* y tiene una Sala de Procedimiento sumario integrado por cinco

---

471 DUBISSON, M. Op. cit. p. 245.

472 CPJI, Serie E, No. 16, p. 183.

miembros. En su función en pleno, la Corte tiene un Presidente y un Vice-presidente elegido por tres años, como lo establece el artículo 21-1 del Estatuto. El Presidente ejerceel cargo en todos los casos, separándose cuando se trata de casos en los cuales está involucrado el Estado del cual es nacional, de conformidad con el artículo 32 del Reglamento, situación que se ha planteado en varias oportunidades. Así, en el Caso *Ambatielos* en el que Grecia demanda al Reino Unido, solicitándole a la Corte que decidiera que el Reino Unido estaba obligado a someterse al arbitraje previsto en los Tratados anglo-grecos de comercio y de navegación de 1886 y de 1926 o que en todo caso decidiera sobre el fondo de la controversia que finalmente no examinaría por declararse incompetente según Decisión preliminar del 1 de julio de 1952. En este caso, el Presidente del Tribunal, Sir Arnold McNair, de nacionalidad británica, cedió la presidencia al Vice-Presidente, el juez Guerrero, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13-1 del Reglamento.

En el Caso de la *Anglo-Iranian Oil Co*. el Presidente McNair debió ceder nuevamente la Presidencia al Juez Guerrero, por el mismo motivo. En el Caso de la *interpretación y aplicación de la Convención de Montreal del 23 de setiembre de 1971* que opuso a Libia de Estados Unidos y el Reino Unido, el Presidente, Sir Robert Jennings, de nacionalidad británica, cedió la presidencia al Vice-presidente, el juez Oda, de Japón. En el comunicado de la Corte del 1 de abril de 1992 se señala que "...el Presidente de la Corte, Sir Robert Jennings, de nacionalidad británica (...) se encuentra impedido de presidir, según lo previsto en el artículo 32 del Reglamento de la Corte que señala: Si el Presidente de la Corte es nacional de una de las partes en un caso, no ejercerá la presidencia en este caso".

La Corte, después de terminado el proceso, que se ordena de conformidad con las normas estatutarias y reglamentarias y por la Resolución de la Práctica Interna y las Instrucciones de Procedimiento, **adopta la Decisión**, por la **mayoría** de los votos de los magistrados presentes. En caso de empate decidirá el voto del Presidente o del Magistrado que lo reemplace, como bien lo señalan los artículos 55-1 y 55-2 del Estatuto. Esta situación sólo se ha planteado en el Caso *Lotus*, en el período de la Corte Permanente, y en el del *Sudoeste africano* (Segunda fase), examinado por el actual Tribunal. En la Decisión se dice que "Por

esos motivos, la Corte, con el voto preponderante del Presidente, los votos igualmente divididos, decide rechazar la demanda del Imperio de Etiopía y de Liberia[473].

b. Naturaleza y alcance de las Decisiones

Las Decisiones de la Corte pueden ser consideradas actos unilaterales que establecen derechos y crean obligaciones a cargo de terceros, en particular, de los Estados partes en el proceso en relación con el cual se adopta la Decisión. Estos actos jurisdiccionales tienen un carácter **obligatorio** en relación con las partes y son **definitivos,** aunque el Tribunal, como veremos, puede interpretar o revisar sus propias Decisiones en determinados casos. La **ejecución** de las mismas es otro aspecto importante que abordaremos.

El juez, como se señaló antes debe fundar su decisión en las normas existentes, convencionales o consuetudinarias y en las otras fuentes que enuncia el artículo 38 de su Estatuto, sin desconocer la posibilidad de recurrir a la equidad o menos rígidamente, a conclusiones equitativas. La Corte debe considerar el compromiso que presentan las partes cuando ese es el medio que se utiliza para recurrir a ella; la demanda unilateral introducida por un Estado y las Conclusiones a que llegueésta en la Memoria o en la Réplica, incluso si en ésta se presentan modificaciones que son admitidas por la Corte; o, finalmente, si fuere el caso, la demanda reconvencional que pudiese haber planteado el Estado demandado.

En el Caso de la *Controversia territorial y marítima en el mar Caribe* entre Nicaragua y Colombia la Corte señaló que "ella había sido requerida por la via de demanda y no por un compromiso; Colombia no presentó ninguna demanda reconvencional. Es pues a la demanda de Nicaragua y a las Conclusiones presentadas por que conviene interesarse para determinar sobre que debe pronunciarse la Corte." (CIJ, Rec.2012, p.47, pár.133).

[473] Decisión del 18 de julio de 1966 (Segunda fase).

Es claro que la Corte no puede excederse en cuanto a las comptencias que le han acordado las partes, pero ella debe ejercerlas todas. (CIJ.Rec.1985, p.23, pár.19).

i. La obligatoriedad de las Decisiones

Las decisiones de la Corte son **obligatorias** según el artículo 59 del Estatuto. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas —y los no Miembros que acepten constituirse en parte en un proceso ante el Tribunal— se comprometen a respetar la decisión de la Corte "en todo litigio en el cual es parte", como se prevé en el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Este carácter obligatorio de las decisiones del Tribunal es reiterado en el artículo 94-2 del Reglamento que dice: "El fallo será leído en audiencia pública de la Corte y tendrá fuerza obligatoria para todas las partes desde el día de su lectura".

El efecto obligatorio de la sentencia internacional tiene su fundamento, esencialmente, en el acuerdo de las partes, en la **regla *pacta sunt servanda***, reflejada en la regla procedimental: compromiso de arbitraje, cláusula compromisoria, tratado de arbitraje obligatorio, Estatuto de la Corte o cualquier otro instrumento[474]. Las decisiones judiciales se suponen ajustadas a la verdad jurídica. Esta presunción, vinculada a una decisión de justicia, convertida en definitiva, es una institución común a todos los sistemas de derecho y sirve de fundamento al carácter obligatorio de las sentencias jurisdiccionales[475].

Enalgunos casos, , como dijimos antes al examinar las decisiones de las Salas *ad hoc* , las partes en la controversia reconoceneste carácter en el compromiso por el que recurren conjuntamente al tribunal. Así, por ejemplo, en el Caso del *Procedimiento entablado conjuntamente por Burkina Faso y Níger*, en el Compromiso que suscribieron del 12 de marzo de 2010, precisan en el artículo 7 que "aceptan que el fallo de la Corte pronunciadoconarreglo al presente acuerdo especial es definitivo y vinculante para ellas".

---

474 EL QUALI, A. *Effets juridiques de la Sentence internationale*, p. 67. París, Pédone, 1984.
475 CIJ, Rec.1991, Opinión Individual de los jueces Aguilar y Ranjeva, p. 7.

La Corte ha confirmado en oportunidades ulteriores el carácter de sus decisiones. En el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares* declaró que "la Corte es competente para decidir cualquier contestación relativa a su competencia y su decisión sobre este punto, como sobre el fondo, **es definitiva y obligatoria** para las partes, de acuerdo con los artículos 59 y 60 del Estatuto"[476]. (negrillas nuestras)

ii. El carácter de cosa juzgada y la relatividad de la decisión

Además de **obligatorias**, las decisiones del Tribunal son **definitivas,** es decir, tienen el **carácter de cosa juzgada.** Son **inapelables,** según lo establece claramente el artículo 60 del Estatuto aunque, como veremos enseguida, pueden ser interpretadas o revisadas.

El carácter de cosa juzgada había sido tratado con anterioridad en textos internacionales importantes, como la Convención del 29 de julio de 1899, en su artículo 59; en la Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907, en su artículo 84; y, en el Estatuto de la Corte[477]. La sentencia del Tribunal es un acto jurisdiccional en un sistema particular, como el internacional, razón por la cual debe tener un carácter definitivo. La autoridad de **cosa juzgada** es un principio intrínseco a la organización jurídica, más en el ámbito de la jursidicción internacional. El fundamento de la autoridad de cosa juzgada reside en su necesidad social. Es de interés general que los litigios no recomiencen indefinidamente en relación con el mismo objeto: *Ut sit finis litium*[478].

La sentencia de la Corte, obliga a las partes en el proceso, lo que responde al **principio de la relatividad.** Un tercer Estado, sin embargo, podría resultar afectado por una decisión, razón por la cual se prevé la "intervención de terceros" en el proceso, cuestión antes examinada, para proteger los intereses de otros Estados que pudiesen ser afectados por una decisión del tribunal, lo que atiende la Corte en todos los casos, incluso cuando un tercer Estado no se constituye en parte del proceso.

---

476 CIJ, Rec. 1986, p. 27.

477 ROUSSEAU, Ch. *Le réglement arbitrale et judiciaire et les Etats tiers,Mélanges a Henri Rolin*, París, Pédone, 1964, pp. 303-304.

478 DE VISSCHER, Ch, *Aspects récents du droit de procédure de la CIJ*, París, Pédone, 1966, p. 178.

iii. Interpretación y la revisión de las decisiones de la Corte

En las Convenciones de La Haya se incluye, aunque en forma diferente, la posibilidad de que las sentencias arbitrales sean interpretadas y revisadas si lo acordaren previamente las partes, en el texto de 1899, y si las mismas no lo hubiesen negado antes, en la Convención de 1907. En el ámbito del arreglo judicial, de la CIJ en particular, observamos que la rigidez del principio cede ante la posibilidad de que esas decisiones sean interpretadas e incluso revisadas en determinadas condiciones, por el Tribunal.

La **interpretación** es un mecanismo procesal que busca sólo aclarar el contenido y el alcance de una decisión judicial, sin pretender impugnar el fondo de la cuestión, en consideración del carácter de cosa juzgada de la decisión. La **revisión,** por su parte, es más compleja. Mediante este recurso una parte puede lograr que se modifique el fondo, aunque, como veremos, se requiere que surjan hechos nuevos importantes que puedan afectar la decisión.

Una de las partes en un proceso puede contestar el sentido y el alcance de la decisión del Tribunal en virtud del artículo 60 del Estatuto que prescribe que "la decisión de la Corte es definitiva y sin apelación. En caso de contestación sobre el sentido y el alcance de la decisión, corresponde a la Corte interpretarla, a solicitud de cualquiera de las partes."; y, del artículo 98 del Reglamento que precisa que "en caso de contestación sobre el sentido o el alcance de una decisión, cualquier parte puede rpesentar una demanda".

La interpretación de una no puede afectar el carácter definitivo de la Decisión. El principio de *pacta sunt servanda* prevalece, como bien lo indicó la Corte en el Caso de *la Interpretación de la Decisión del 25 de marzo de 1999, en el Caso de la Frontera terrestre y marítiama entre Camerún y Nigeria.*Es necesario, como lo dijo la Corte, que la demanda tenga realmente por objeto una interpretación de la decisión, lo que significa que debe tener como objeto solamente, esclarecer el sentido y el alcance de lo que ha sido decidido con fuerza obligatoria por la decisión y no obtener la solución de puntos de vista ya decididos. Cualquier otra forma de interpertar el artículo 60 del Estatuto tendría por consecuencia anular la disposición de este artículo, según el cual la decisión es

definitiva e inapelable." Caso de la *Interpretación de la decisión del22 de nvoiembre de 1950 en el caso del derecho de asilo,* CIJ, Rerc.1950, p.402.)

La demanda de interpretación es también una demanda[479]. En ese sentido se aplicarían las mismas reglas relativas al procedimiento y a la forma y contenido de la demanda en general. Esta demanda puede ser una solicitud de una de las partes o un compromiso concluido en este sentido entre las partes involucradas en la controversia sobre la cual se produjo la decisión. Deberá indicar con precisión: el punto o puntos de desacuerdo en cuanto al sentido o al alcance del fallo, como lo señala el artículo 92-2 del Reglamento.

La parte interesada puede introducir una solicitud de interpretación de la demanda, en la que expondrásus razones. Esta solicitud puede estar referida tanto a la parte dispositiva de la sentencia, como a su motivación, "en la medida en que resulte inseparable de la parte dispositiva" (CIJ, Rec.1999, p. 8, pár.10).

La otra parte podrá presentar por escrito sus observaciones dentro del plazo que fije el Tribunal o el Presidente, si ese no estuviese reunido. Las partes pueden ampliar la información —por escrito o verbalmente—, cualquiera que se la modalidad del inicio del procedimiento, siempre que la Corte lo estime conveniente.

La Corte es **competente**, lo que determina por lo general antes de examinar el fondo de la cuestión, para conocer toda demanda de interpretación de una sentencia adoptada por ella, sea sobre su competencia o sobre el fondo, en virtud del artículo 60 antes referido.

La Corte ha examinado varios casos de interpretación. Así, por ejemplo, observamos que el mismo día que se pronunció la Decisión del 20 de noviembre de 1950, sobre el *Derecho de asilo*, el agente de Colombia hizo conocer a la Corte que la intención de su Gobierno era solicitar la interpretación de la sentencia. En esa oportunidad Colombia formuló a la Corte, las siguientes preguntas:

"El fallo del 20 de noviembre de 1950:

---

[479] M'BAYE, K. *L'interet d'agir devant la Cour Internationale de Justice*, RCADI, 1988, Vol. II, p. 326.

a) ¿Deberá interpretarse en el sentido de que han de atribuirse los efectos jurídicos a la calificación hecha por el Embajador de Colombia en Lima, del delito que se le imputa a Haya de La Torre?

b) ¿Deberá interpretarse en el sentido de que Perú no tiene derecho a exigir la entrega del refugiado, ni Colombia la obligación de entregarlo?

c) O, por el contrario, ¿deberá interpretarse en el sentido de que Colombia está obligada a entregar el asilado?"

El Gobierno del Perú señaló al responder este planteamiento que era "inadmisible" ya que la decisión era perfectamente clara y que la demanda tendería, no a suscitar una interpretación, sino a obtener una sentencia complementaria de la primera, mientras que el Gobierno de Colombia insistía en que había puntos de vista diferentes en cuanto al alcance de la sentencia.

La Corte, el 27 de noviembre de 1950, adoptó una Decisión sobre esta demanda de interpretación y recordó las dos condiciones establecidas en el artículo 60 del Estatuto:

> "1.Es necesario que la demanda tenga realmente por objeto una interpretación de la sentencia, lo que significa que debe referirse únicamente a hacer esclarecer el sentido y el alcance de lo que fue decidido con fuerza obligatoria en la sentencia y no obtener la solución de puntos que no han sido decididos. Cualquier otra forma de interpretar el artículo 60 del Estatuto tendría por consecuencia anular la disposición de este mismo artículo según la cual, la sentencia es definitiva y sin apelación.
>
> 2. Es necesario además que exista una contestación sobre el sentido y el alcance de la sentencia. Para decidir si la primera condición enunciada está cumplida, hay que recordar el principio que la Corte tiene el deber de responder a las demandas de las partes, tal como ellas lo expresan en sus conclusiones finales, pero también de abstenerse de decidir sobre puntos no comprendidos en dicha solicitud".

La Corte, finalmente, por 12 votos contra 1, declaró que la solicitud de interpretación planteada por Colombia era inadmisible. El juez colombiano *ad hoc*, Caicedo Castilla, adjuntó una Declaración al tiempo que no suscribía la decisión del Tribunal.

En el Caso de la *Plataforma continental* (Túnez/Libia),Túnez introdujo el 27 de julio de 1984, dos años después de la decisión del 24 de febrero de 1982, una **demanda de revisión y de interpretación** de esta Decisión, fundándose en el descubrimiento de un **hecho nuevo**. El artículo 61 del Estatuto puede ser procedente en razón del descubrimiento de un hecho que ejerza una influencia decisiva y que antes del pronunciamiento de la sentencia era desconocido por el Tribunal y por la parte que solicita la revisión. El hecho nuevo, fundamental a la demanda de revisión, no debe ser susceptible de ser conocido antes por la parte que introduce la demanda y además, debe ser de tal naturaleza que ejerza una influencia decisiva en la decisión del Tribunal.

La demanda de Túnez sobre la revisión, antes referida, se fundó en el artículo 61 del Estatuto y la de interpretación en el 60 del mismo texto. La Corte, en este caso, criticó la posición de Túnez que funda su demanda en **un hecho que normalmente no podía ignorar.**

La Corte, al examinar los párrafos 1, 4 y 5 del artículo 61 del Estatuto declaró inadmisible, por unanimidad, la solicitud de revisión de la Decisión del 24 de febrero de 1982, mediante la cual el Tribunal estableció los principios y las normas de derecho internacional aplicables a la delimitación de las plataformas continentales de los dos países involucrados en la controversia, en la zona en disputa.

De la misma manera, el Tribunal declaró **inadmisible** la demanda de interpretación del fallo, respecto al primer sector de la delimitación prevista en la sentencia y en cuanto al punto más occidental del Golfo de Gabes. La Corte declaró que la solicitud de Túnez para que se corrigiera un error, carecía de objeto. Finalmente y, en consecuencia, rechazó la designación de expertos para establecer las coordenadas exactas en el extremo occidental del Golfo.

En relación con al Decisión adoptada por la Corte sobre la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria,* esta última intrododuce luego una demanda de interpretación en virtud del artículo 98 del Reglamento, sobre el sentido y el alcance de la decisión del 11 de junio de 1998.La Corte constata, ante todo, que existe una **controversia entre las dos partes en cuanto a la interpretación** de

dicha decisión. Sin embargo, rechaza la demanda en su Decisión del 25 de marzo de 1999. La interpretación, como bien lo señala el tribunal, no puede afectar el carácter definitivo de la sentencia ni retardar su ejecución.

En el Caso del *Templo de Preah Vihear,* Cambodia depositó el 28 de abril de 2011 una demanda de interpretación de la Decisión que la Corte había adoptado el 15 de junio de 1962, en base al artículo 60 del Estattuo y el artículo 98 del Reglamento de la Corte, sobre la cual el tribiunal hasta la fecha no se había pronunciado.

Una parte puede solicitar la **interpretación** de una decisión de la Corte y a la vez solicitar **medidas provisionales**, pero el tribunal debe asegurarse, para decretar tales medidas, que las condiciones exigidas en el artículo 60 están cumplidas, como lo dijo la Corte en el Caso de *laInterpretación de la Decisión del 15 de junio de 1962 en relación con el Templo de Preah Vihear*. El tribunal adopta una serie de medidas mediante una Ordenanza decisoria, del 18 de julio de 2011.

La Corte reitera al cosniderar la demanda que "la decisión sobre medidas provisionales no prejuzga sobre ninguna cuestión que la Corte podría conocer en el marco del examen de la demanda de interpretación"480, lo que había dicho antes en el Caso de la *Interpretación de la Decisión del 31 de marzo de 2004 en relación con el caso Avena y otros nacionales mexicanos481*

En cuanto a la **revisión** de la sentencia, vale precisar que tres condiciones serían necesarias:

1. Surja un hecho nuevo.

2. Ese hecho incida en la decisión y que, además,

3. Ese hecho sea desconocido por el Tribunal y por la parte demandante.

El procedimiento de revisión de una Decisión de la Corte se inicia mediante una decisión que declara la demanda admisible por los motivos previstos en el artículo 61 del Estatuto y el artículo 99 del

480 Providencia del 18 de julio de 2011, p.19, pár. 68.
481Providencia del 16 de julio de 2008, p.24, pár. 79.

Reglamento prevé un procedimiento sobre el fondo, en el caso en que la Corte hubiere declarado admisible la demanda.

En el Caso *relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represeión del crimen de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina/Yugoslavia, Excepciones Preliminares), la Corte consideró la demanda interpuesta por la República Federativa de Yugoslavia (RFY) el 23 de abril de 2001 mediante la cual solicita la revisión de la Decisión del 11 de julio de 1996.

Las tres condiciones antes referidas deben darse en su conjunto. Si una de ellas no se da, como lo dijo la misma Corte, "la demanda debe ser descartada".482 La RFY consideraba "indudable" que su admisión a las Naciones Unidas constituía un hecho nuevo. Igualmente, que ese hecho nuevo "podía ejercer una influencia definitiva sobre la competencia de la Corte *ratione personae* en lo que se refiere a la República Federativa de Yugoslavia."

La Corte recuerda en su Decisión de 2003 que de conformidad con el artículo 61-1 del Estatuto, la revisión de una Decisión solamente puede ser presentada "en razón del descubrimiento del hecho (...) que antes del pronunciamiento de la decisión era desconocido." La Corte considera que la admisión de la RFY tuvo lugar mucho después de la Decisión, es decir, cuatro años más tarde, el 1º de noviembre de 2000, por lo que no podría ser considerada un hecho nuevo aunque ello habría "revelado" dos hechos existentes en 1996: que la RFY no era parte del Estatuto y que no estaba vinculada por la Convención sobre el Genocidio. La Corte finalmente declaró inadmisible la demanda introducida por la RFY.

iii. La ejecución y la efectividad de la decisión: la posibilidad de intervención del Consejo de Seguridad

Si bien las decisiones de la Corte son obligatorias, no se puede asegurar que las mismas sean siempre ejecutadas por las partes en el proceso, lo que no significa que en la práctica, éstas no hayan sido

482 CIJ.Rec.2003, p.12, pár.18.

acatadas por las partes que han recurrido al Tribunal. El artículo 94 de la Carta señala que:

> "1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia, en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las parte en una controversia no satisface las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo".

En la mayoría de los casos las decisiones judiciales han sido ejecutadas por las partes, aunque no siempre de la manera más correcta (Caso del *Templo de Préah Vihéar*), con lentitud (*Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas*), con dificultades (*Derecho de Asilo*) o por motivos externos a la justicia internacional (*Personal diplomático y consular en Teherán*)[483].

Los Estados que aceptan la jurisdicción de la Corte se comprometen a **ejecutar las sentencias de buena fe**. La cuestión de la ejecución ha sido objeto de disposiciones expresas en diversos instrumentos anteriores, en particular, en las Convenciones de La Haya para la solución pacífica de controversias internacionales (1899: art. 18; 1907: art. 37) y para el establecimiento del Tribunal Internacional de Presas (art. 9), así como en el Estatuto de la Corte de Justicia Centroamericana (Art. 25).

La ejecución de las decisiones de la Corte depende en gran medida, de la buena fe de los Estados que es una regla fundamental de las relaciones internacionales; y, en particular, de la **efectividad del Derecho Internacional.** Los Estados tienen, ante todo, la obligación de ejecutar de buena fe las decisiones de la Corte, en los litigios que les conciernen. Aunque esta cláusula no está prevista expresamente en el Estatuto de la Corte, hay que considerar que está implícitamente contenida en este texto. Los Estados deben aplicar la sentencia no solo según la letra, sino de conformidad con su espíritu[484].

---

[483] PIPELLICH, A. *Examen de l'art.94 de la Charte. La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. 3a. Ed. Económica. París, 2005.

[484] ZOLLER, E. *La bonne foi en droit international public*, p. 153, París, Pédone, 1977.

Los Estados han expresado en varias oportunidades su apego a las Decisiones del Tribunal, reiterando de esta manera su intención de ejecutarlas. En el Caso de la *Delimitación fronteriza terrestre, insular y marítima,* laspartes, en el compromiso del 26 de mayo de 1986, se comprometieron a "ejecutar la sentencia de la Sala en un todo y conenterabuenafe.Aeste fin, la Comisión Especial de demarcación que establecieron mediante el Convenio del 11 de febrero de 1986, iniciará la demarcación de la línea fronteriza fijada por la sentencia, a más tardar tres meses después de la fecha de la misma y continuará diligentemente sus actuaciones, hasta concluirla"[485].

Las partes pueden referirse en el compromiso por el recurren al Tribunal, a la ejecución de la Decisión. En el Caso del *Procedimiento entablado conjuntamente por Burkina Faso y Níger* las dos partes, en el compromiso suscrito en 2010, además de reconocer su carácter obligatorio,
acuerdanque"encasodepresentarsedificultadesenlaejecucióndelfallo, cualquiera de las partes podrá recurrir a la Corte con arreglo al Artículo 60 de su Estatuto".

Después de pronunciada la decisión, las partes han expresado, también, su deseo de respetarla y ejecutarla. Así, por ejemplo, en el Caso concreto de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989*, en el que se puede apreciar el apego de las partes a la decisión adoptada por el Tribunal. El Gobierno de Guinea-Bissau "...desea dejar constancia de que acata el derecho internacional y afirma su intención de atenerse a lo estipulado en el fallo arbitral" lo que evidencia el respeto por una parte en el proceso, concretamente la parte perdedora, de la Decisión de la Corte.

También en el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima,* las partes reiteraron su voluntad de aceptar el fallo antes de su publicación. Los presidentes de los países involucrados se reunieron para expresar su adhesión a la sentencia del Tribunal de La Haya, lo que incidió, además, en la evolución de las relaciones entre los países de esa subregión.

Ha ocurrido, distintamente, como en el Caso del *Derecho de Asilo* en particular, que las partes en la controversia difieren en la **forma de**

[485] Art. 6 del compromiso del 26 de mayo de 1986.

ejecución de una Decisión y plantean a la Corte una nueva cuestión que se traduce en una controversia, dada la oposición de criterios y de tesis y seguramente el rechazo recíproco. En ese Caso la Corte, después de haber rechazado la demanda de interpretación interpuesta por Colombia, de la Decisión del 20 de noviembre de 1950, conoció una demanda de la misma Colombia para que el tribunal determinara la forma en que la Decisión debía ser ejecutada, teniendo en cuenta el Protocolo de Amistad y de Cooperación suscrito entre los dos Estados en 1934 y que dijera si en ejecución de esa Decisión o del Derecho Internacional americano, Colombia debía antregar al refugiado. La Corte aconsejó a las partes, sin salirse de su función judicial, que "resolvieran la cuestión en base a una solución práctica, inspirada en consideraciones de cortesía y de buena vecindad que en materia de asilo habían siempre tenido un lugar importante en las relaciones entre las Repúblicas de América".

No existen métodos coercitivos como en el plano interno, para **obligar a los Estados a cumplir y ejecutar las decisiones de la Corte** y esta es quizás una de las mayores debilidades del tribunal. La estructura actual de la sociedad internacional impide la conformación de un sistema judicial diferente, como en el plano interno de los Estados, en el cual el individuo está subordinado a un régimen jurídico que le es superior y a las sanciones que en éste se implanten. Si bien hasta ahora la mayoría de los Estados que se hna constituido en parte en una controversia ante la Corte han respetado sus decisiones, no existe, como dijimos, un mecanismo coercitivo que les obligue. Lo han hecho de buena fe y eso debe satisfacernos. No existen mecanismos que obliguen realmente a cumplir las decisiones del tribunal, salvo el mecanismo establecido en el articulo 94 de a Carta de las Naciones Unidas, al cual nos referimos mas adelante.

El **incumplimiento de las decisiones del Tribunal** puede provocar, en efecto, en base a la disposición apenas citada, una intervención del Consejo de Seguridad. En efecto, si una parte en una controversia no satisface las obligaciones que le incumben en virtud de una decisión de la Corte, la otra parte puede recurrir al Consejo de Seguridad y éste, si lo juzga necesario, puede hacer recomendaciones o decidir las medidas que deben adoptarse para hacer ejecutar la

sentencia, según lo establece el citado artículo 94 de la Carta. De la misma manera el Consejo puede —carácter facultativo— examinar esta cuestión si lo juzga necesario según lo establece el artículo 94-2 de la Carta. El Consejo puede además recomendar o decidir medidas, según la gravedad de la cuestión planteada, en relación el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

En la práctica, pocos casos se presentan en relación con la no ejecución de la Decisión. En el Caso del *Personal diplomático y consular en Teherán* la cuestión fue examinada por el Consejo de Seguridad antes de que se adoptara la Decisión del 24 de mayo de 1980 lo que no impidió, por cierto, que prosiguiera el juicio ante la Corte ya que ambos mecanismos eran complementarios y no excluyentes, en virtud de los artículos 12 y 36-3 de la Carta. Después de la Decisión la cuestión fue llevada nuevamente al Consejo de Seguridad. Estados Unidos trató de que este órgano político adoptara una resolución para que Irán ejecutara la Decisión de la Corte, mediante las sanciones militares previstas en la Carta, pero no logró que el Consejo adoptara entonces una resolución o una decisión, debido al veto impuesto por la entonces Unión Soviética.

Las Decisiones relacionadas con la *Competencia en materia de pesca* y con las *Actividades militares y paramilitares* no fueron ejecutadas por las partes. En el primer Caso no se invocó el artículo 94, mientras que en el segundo el Consejo no adoptó ninguna decisión, pero sí la Asamblea General en varias ocasiones[486].

Más recientemene, se observa el rechazo por parte de Colombia, a Decisión del 19 de noviembre de 2012, en el Caso de la *Delimitación terrestre y marítima en el mar Caribe* cuyo gobierno anunció que "estudiaría" las consecuencias de la decisión, para lo cual inició un proceso de consultas internas con el fin de solicitar la **revisión del fallo**. Una acción concreta adoptada entonces fue la decisión de denunciar el Pacto de Bogotá de 1948, con lo cual a partir del momento en que surta sus efectos tal denuncia, Colombia quedaría desvinculada de la jurisdicción de la Corte.

El Consejo de Seguridad puede actuar a instancia de una de las partes o de oficio, cuando considere que el incumplimiento de una

[486] Idem. p. 1996.

decisión del Tribunal pone en peligro la paz y la seguridad internacionales. Igualmente, el Secretario General y la Asamblea General podrían llamar la atención del Consejo en relación con una situación planteada por el incumplimiento de una decisión que afecte la paz y la seguridad internacionales.

La inejecución o inobservancia de una decisión de la Corte por uno de los Estados partes en la controversia es tanto una cuestión jurídica como política, para lo cual es competente el Consejo de Seguridad que, desde luego, no podría examinar la cuestión de fondo ya que se trata de una cuestión estrictamente jurídica que escapa del ámbito de sus competencias.

j. Providencias u Ordenanzas y las Opiniones de los jueces

i. Las Providencias u Ordenanzas

La Corte puede adoptar **Providencias u Ordenanzas** para ordenar el proceso, como lo precisa el artículo 48 del Estatuto. Las Providencias son actos formales relativos a la ordenación del proceso, a la fijación de lapsos y prórrogas, al depósito de documentos. De igual manera, además de ordenar el proceso, en el sentido estricto del término, el Tribunal o el Presidente, si fuere el caso, y de conformidad con las normas estatutarias y reglamentarias, puede adoptar Providencias en relación con la indicación de **medidas provisionales;** con la **conclusión** del proceso por la vía del **desistimiento** o del **arreglo amistoso**; con la **designación de jueces** ***ad hoc*** y con la **composición de Salas Especiales** ***ad hoc.***

Las Providencias del Tribunal son vinculantes desde el punto de vista jurídico cuando se trata de Providencias para ordenar el proceso en el sentido estricto indicado, como las relativas a la fijación de lapsos para depósito de Memorias, Contramemorias, Dúplicas y Réplicas; cuando se confirma la designación de un juez *ad hoc*; cuando se decide la intervención de un tercer Estado o cuando, entre otras, se trata de la conclusión de un proceso por el desistimiento de una de ellas.

Las Ordenanzas del Tribunal no tendrían, en principio, la fuerza jurídica de una Decisión. Sinembargo, cuando ellas recogen medidas provisionales, como dijimos antes, recogiendo la tesis de Alemania en el

Caso *Lagrand*, ellas tendrían fuerza jurídica pero no por su forma, sino por el contenido de las mismas.

ii. Las Opiniones Separadas y las Declaraciones de los jueces

Los jueces, en forma individual o en grupo, pueden adjuntar a una Decisión o a una Providencia del Tribunal, **Opiniones Separadas** (Individuales o Disidentes) o **Declaraciones**, mediante las cuales el Juez, independientemente de su participación en las decisiones o de su posición ante las mismas, expresa su criterio en relación con la motivación o la parte dispositiva del fallo, tal como lo prevé el artículo 57 del Estatuto.

En su resolución de 1948[487] la Corte precisó que cuando la opinión de un juez refleja un desacuerdo en relación con una sentencia o una opinión consultiva, será calificada de **Opinión disidente**. Al contrario —agrega— cuando la opinión del juez, aunque aprueba el criterio de la mayoría, agrega otros motivos, será calificada de **Opinión individual.** En otros términos, en la concepción retenido por la Corte, la opinión disidente es la que rechaza los motivos y la parte dispositiva de la sentencia u opinión consultiva, mientras que la opinión individual es la que acepta la parte dispositiva pero fundada en otros motivos[488].

Delexamendelasdecisionesdel Tribunal se puede observar, sin embargo, que la práctica no es unánime en cuanto a la calificación de las Opiniones que adjuntan los jueces. En algunos casos se habla de Opiniones Individuales, en otras de Separadas, en otros de Disidentes sin que esté absolutamente claro sí la calificación está relacionada con su posición favorable o desfavorable a la Decisión, a su motivación o a las conclusiones. En la Resolución de la práctica interna de la Corte se hace referencia a estas Opiniones, en el artículo 7-iv en el que se les clasifica en individuales y disidentes.

A estas opiniones debemos agregar las **declaraciones** que los jueces pueden adjuntar a las decisiones, opiniones y providencias del

---

487 Anuario de la CIJ, 1947-48, p. 68.

488 ISAIA, H. *Les Opinions dissidentes des juges socialistes*, RGDIP, julio-sept 1975, Pédone, París, 1975, p. 659.

Tribunal, en las cuales el juez puede también expresar su criterio sobre los motivos y la partes dispositiva de dichos textos.

a. Opiniones Individuales

Los jueces pueden estar de acuerdo con la parte dispositiva de la Decisión pero no necesariamente con la motivación o con cualquiera de sus puntos. En estos casos el Juez puede adjuntar a la sentencia una Opinión Individual, lo que recoge una práctica de los países del *Common Law*. Estas Opiniones no sólo son adjuntadas a las Decisiones y a la Opiniones Consultivas adoptadas por el Tribunal sino que, como se puede apreciar en la práctica, éstas se pueden adjuntar a las Providencias u Ordenanzas del Tribunal, particularmente, a aquellas que tratan cuestiones como la intervención de un tercer Estado en el proceso o la indicación de medidas provisionales, cuestiones que se alejan de la labor de procedimiento que ya hemos comentado.

El Juez adjunta una **Opinión individual** a una Decisión en relación con la cual votó a favor. La motivación es, en este caso, diferente, pero no contradictoria. Son mcuhas las Opiniones que pudieran comentarse para explicar su denominación, entre ellas, la expresada en un Caso por el Juez Shahabuddeen, quien indica: "Aprobé la decisión de la Corte pero quisiera formular algunas consideraciones sobre la manera de abordar la cuestión y la perspectiva en la cual se ha hecho, en relación con dos puntos. El primero, sobre el momento cuando nace la controversia. El segundo sobre la cuestión de saber si la controversia se refiere a la interpretación o a la aplicación del Acuerdo Sede"[489]. Es una opinión que no va en contra de la Decisión, solo explica algunos de sus aspectos que por lo demás resultan muy útiles para el estudioso del Derecho Internacional.

También a las Providencias, los jueces adjuntan cuandoserequiere Opiniones de esta naturaleza; tal es el Caso de la *Interpretación o la aplicacióndelaConvención de Montreal de 1971*, a la que varios jueces adjuntaron Opiniones individuales mediante las cuales, al **aprobar la parte resolutoria de la Providencia** del 14 de abril de 1992, en las que el Tribunal rechazaba la indicación las de medidas provisionales

[489] Opinión Consultiva del 26 de abril de 1988, Opinión Individual, p. 1.

solicitadas por Libia, expresaban o precisaban criterios fundamentales a la motivación de la Providencia.

Los jueces Lachs y Shahabuddeen adjuntaron Opiniones Individuales en la que expresaban que si bien **coincidían** con la parte dispositiva de esta Providencia, es decir, con el rechazo de la solicitud libia, consideraban que la argumentación debía haber sido diferente. El Juez Shahabuddeen —por ejemplo— indicó en particular que "la Providencia de la Corte se funda sólo en la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad. Ese es el motivo de mi acuerdo con la misma. Sin esta resolución, había estimado que Libia había planteado una causa defendible, en favor de la indicación de medidas"[490]. El juez, en este caso, recurre a la opinión individual para precisar algunos conceptos: fundamento jurídico de la Providencia de la Corte; la posibilidad de un proceso imparcial si los acusados son entregados y las implicaciones de la Providencia coinciden tanto en la parte dispositiva, como con su motivación.

Estas Opiniones individuales de los jueces también se aprecian adjuntas a Opiniones Consultivas, como en el Asunto de la *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas* en el que los jueces Oda, Schwebel y Shahabuddeen adjuntaron opiniones individuales en las cuales, al expresar que comparten la parte dispositiva, presentan otros argumentos sobre los cuales debió haberse fundado la opinión del Tribunal.

b. Opiniones Disidentes de los jueces

Existe la posibilidad de que los jueces que representan un grupo minoritario dentro de un órgano jurisdiccional colegiado, como lo es la Corte, puedan expresar su opinión en forma **disidente.** Es una posibilidad que se concede a esos jueces de expresar pública y oficialmente, sus puntos de vista sobre un asunto. El artículo 57 del Estatuto prevé la posibilidad de las opiniones disidentes, al indicar expresamente que "si el fallo no expresase en todo o en parte la opinión

---

490 Providencia del 14 de abril de 1992, Opinión del Juez Shahabbudden, p. 1.

unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá el derecho a que se agregue al fallo, su opinión disidente".

Los jueces que no aceptan la parte dispositiva de la Decisión, pueden entonces adjuntar una **Opinión Disidente** en la que expresan su **oposición a las conclusiones** del Tribunal. En estos casos, el juez que adjunta esta Opinión ha votado en contra de la parte dispositiva.

En la práctica, se observan muchas opiniones disidentes a las Decisiones, a las Opiniones Consultivas y a las Providencias del Tribunal. Estas opiniones, sí bien son contrarias a la mayoría, reflejan criterios muy valiosos en cuanto al estudio de las diferentes cuestiones planteadas en el caso. En el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989* varios jueces adjuntaron Opiniones disidentes, algunos de manera individual, como el juez Weeramantry o en forma colectiva, como la emitida por los jueces Aguilar Mawdsley y Ranjeva.

En este caso, el Tribunal decidió por unanimidad que rechazaba las conclusiones de la República de Guinea-Bissau según las cuales la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989 del Tribunal constituido en virtud del compromiso del 12 de marzo de 1985 entre la República de Guinea-Bissau y la República de Senegal, era inexistente. Y, por 11 votos contra 4, rechazó también las conclusiones de Guinea-Bissau según las cuales la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989 era nula en forma absoluta.

Los jueces Aguilar y Ranjeva, si bien votaron a favor de la primera parte de la sentencia, como ellos mismos lo señalan en su Opinión Disidente, explican su desacuerdo sobre la interpretación que da la Corte, por el voto de la mayoría de sus miembros, a las reglas de derecho cuya aplicación condujo al rechazo de la demanda de nulidad de la sentencia atacada. Los referidos jueces estaban convencidos — como lo señalan al comienzo de su opinión disidente— que la Corte debía pronunciar la nulidad absoluta de la sentencia del 31 de julio de 1989. Consideraron que el caso presentaba dificultades particulares "porque se trata de uno de esos casos en los cuales la solución adoptada por la Corte depende de la manera como los problemas son abordados"[491]. Los jueces Aguilar y Ranjeva explican, de una manera

[491] CIJ. Rec. 1991,Opinión disidente común de los jueces Aguilar y Ranjeva, p. 1.

minuciosa que enriquece la doctrina relacionada con la materia, las razones por las cuales no suscribieron dicha decisión.

En la crítica epistemológica del enfoque adoptado por el Tribunal arbitral, se centra la Opinión Disidente de los jueces Aguilar y Ranjeva para quienes el problema de la nulidad o de la validez de una sentencia arbitral entraña algo más que una evaluación basada exclusivamente en los fundamentos axiomáticos del derecho. La autoridad de *res judicata* de que está investida cualquier decisión judicial, actúa plenamente cuando esa decisión esta suscrita por la *convictio juris***.**

Los jueces abordaron con detenimiento tres cuestiones: la autoridad de la sentencia arbitral del 31 de julio de 1989 y la autoridad de cosa juzgada; la solución definitiva del conjunto de la controversia que opone a Guinea Bissau y Senegal y la debilidad (defaillance) del Tribunal arbitral y el exceso de poder.

Los autores de esta opinión disidente estiman que el Tribunal arbitral cometió un abuso de poder *infra petita* o por omisión, lo cual no es frecuente en la jurisprudencia internacional. Los jueces indican que "contrariamente a la posición de la mayoría de los miembros de la Corte, estamos convencidos que decidiendo *infra petita* y, decidiendo no responder a la segunda pregunta, el Tribunal cometió un exceso de poder por omisión y sin motivación"[492].

Y, más recientemente, en la cuestión relativa a la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* la Corte opinó por unanimidad que "tenía competencia para emitir la opinión consultiva solicitada." Distintamente, las otras partes del dispositivo de la Opinión no fueron aprobadas por unanimidad. Así, la cuestión de si la declaración de independencia de Kosovo violaba el Derecho Internacional fue aprobada por diez votos contra cuatro. Los jueces Tomka, Koroma, Bennouna y Skotnikov votaron en contra y adjuntaron escritos. El juez Tomka adjuntó una Declaración, los jueces Koroma, Bennouna y Skotnikov sendas Opiniones Disidentes. Distintamente, jueces que votaron a favor, adjuntaron declaraciones a la Opinión. Los jueces Keith, Sepúlveda, Cançado Trindade y Yusuf, adjuntaron también sendas Opiniones Separadas

[492] Misma Opinión, p. 19.

En el caso de las **Providencias** adoptadas por la Corte, los jueces recurren también con frecuencia a la práctica de adjuntar **Opiniones Disidentes**, cuando se oponen a la conclusión de la mayoría.

En el Caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* los jueces Elías, Tarassov y Shahabuddeen votaron en contra de la decisión del Tribunal y adjuntaron Opiniones Disidentes a la Providencia del 28 de febrero de 1990. En el Caso de la *Interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971*, cuando el Tribunal adoptó la Providencia del 14 de abril de 1992, varios jueces adjuntaron Opiniones Disidentes. El juez Bedjaoui votó en contra de la sentencia y adjuntó una opinión disidente en la que aborda el examen de la cuestión tratada simultáneamente por el Consejo de Seguridad y por la Corte y la posibilidad de que surjan contradicciones. El Juez argelino señala que "el presente caso plantea muy seriamente a la Corte la cuestión no solamente de la influencia posible de las decisiones de un órgano principal, sino también, más radicalmente, de la contradicción posible entre las decisiones de estos órganos y en la manera de tratar una cuestión tan delicada"[493]. El Juez Bedjaoui, luego de un muy interesante análisis de la cuestión "lamenta que la Corte no haya podido indicar medidas precautelares ni específicas, a solicitud del Estado demandante, ni *propio motu,* para aportar su propia contribución positiva a la solución de la controversia"[494]. En la cuestión planteada por el ECOSOC, en 1998, sobre la controversiarelativa a la *Inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* el Juez Koroma, quien votara en contra de la Opinión, adjuntó también una Opinión disidente.

c. Declaraciones de los jueces

Los jueces pueden también adjuntar **Declaraciones** a la Decisión, a una Providencia y a una Opinión Consultiva, mediante las cuales expresan su **acuerdo con el texto adoptado** pero haciendo a la vez, algunas precisiones, aunque también lo pueden hacer para expresar su desacuerdo con alguna parte de la decisión.

---

493 Providencia del 14 de abril de 1992,p. 143.

494 Opinión cit, p. 159.

En el Caso de la *Delimitación fronteriza terrestre, insular y marítima,* el Juez Oda, en la declaración que adjunta a la Decisión, señala al comienzo que "comparto totalmente la opinión de la Corte según la cual...". En el Caso relativo a la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1989*, el juez *ad hoc* M´Baye, adjunta una Declaración a la decisión por la cual votó a favor, en la que al apoyar la forma en que el Tribunal trató la cuestión de la nulidad de la sentencia arbitral planteada por Guinea Bissau, precisa que aprueba el hecho de que la Corte no se convierta automáticamente en una Corte de casación para todos los Estados que han suscrito la declaración prevista en el artículo 36-2 del Estatuto, en relación con las sentencias arbitrales de las que sean partes. El juez M´Baye en esta declaración simplemente agrega comentarios sobre la forma en que el Tribunal examinó esta cuestión.

Un juez puede adjuntar también, como se aprecia en la práctica, una **Declaración a una Opinión Consultiva**. En la cuestión relativa a la *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo Sede del 26 de junio de 1947,* el juez Elías adjuntó una Declaración en la que expresa, al suscribir la opinión de la Corte, adoptada por unanimidad, que la controversia nace entre la ONU y los Estados Unidos, cuando el Congreso de este país adoptó la ley contra el terrorismo, el 22 de diciembre de 1987 y no, como lo pretendió Estados Unidos, cuando el Tribunal de Nueva York la aplicó.

ii. **La competencia consultiva**

a. La competencia de la Corte y la facultad discrecional de emitir una Opinión Consultiva

La Corte puede, además de conocer y decidir controversias jurídicas entre Estados, es decir, ejercer su competencia contenciosa, de acuerdo con lo examinado antes, emitir Opinion Consultivas que le planteen las organizaciones y los órganos internacionales facultados para hacerlo, siempre sobre **cuestiones jurídicas** como lo dicen las reglas aplicables y la misma Corte, en sus Opiniones.

La Corte funda su competencia en el artículo 96 de la Carta y en los artículos 65 a 68 del Estatuto. En el ejercicio de sus funciones tomará en cuenta los artículos 102 a 109 del Reglamento. Varias cuestiones son

esenciales para determinar su competencia: primero, que **el órgano u organización de que se trate esté autorizado para solicitar una opinión,** que la **cuestión planteada sea jurídica** y que se **plantee en el ámbito de actividades de dicho órgano u organización.** La cuestión planteada debe ser, además, concreta, para que la Corte pueda pronunciarse.

La Corte no está obligada a conocer todas las cuestiones que se le presenten. El Tribunal tiene la facultad de decidir si acepta o no una solicitud y si procede a su consideración para emitir una Opinión Consultiva, es decir, puede rechazarla, como veremos luego. Es una facultad discrecional. Incluso, ella puede actuar por su propia iniciativa, según la facultaría el artículo 65 del Estatuto. En todo caso, la Corte debe tratar de no rechazarla. Tal como lo dijo en el Asunto de las *Reservas a la Convención para la prevención y la represeción del crimen de genocidio,* del 28 de mayo de 1951.495, ella no puede perder de vista que "en principio una solicitud no debe ser rechazada".

Ese poder discrecional lo ha reiterado en varias de sus Opiniones. Así, por ejemplo, en el Asunto de la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares,* oportunidad en la que precisó que "cuando se le ha solicitado Opinión Consultiva, la Corte debe comenzar por determinar si ella es competente para dar la opinión solicitada y, en caso afirmativo, examinar si existe alguna razón para ella, sobre la base de su apreciación discrecional, de rechazar tal competencia."496

Desde luego, cuando se trata de cuestiones relacionadas con su funcionamiento (*house-keeping*) la **Corte debería pronunciarse siempre pues ésta sería la forma en que la Corte participa en la labor de la Organización,** aunque como veremos, ella puede rechazar la solicitud si se concluye en que el texto del artículo 96 de la Carta no le confiere a los órganos en cuestión, si no **el derecho** de solicitar una opinión.La Corte debe asegurarse, además de que es competente para examinar y decidir sobre la solicitud, que se trate de una **cuestión jurídica planteada dentro del marco de actividades de un órgano debidamente autorizado.**

---

495 CIJ.Rec.1951, p.19.

496 CIJ.Rec. 1996 (I), p232,pár.10 ; CIJ.Rec. 2004 (I), p.144, pár.13 ; CIJ.Rec.2010, p.11. pár.17.

LaCorte,ensu Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado* recordó lo señalado en Opiniones anteriores[497] que era "... requisito esencial para que la Corte tenga competencia que la Opinión Consultiva sea solicitada por un **órgano debidamente autorizado** para ello de conformidad con la Carta; que se refiera a una **cuestión jurídica** y que, salvo en el caso de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, dicha cuestión surja dentro de la **esfera de actividades del órgano** que solicita la opinión"[498]. (negrillas nuestras)

El órgano debe estar **debidamente autorizado**. En el asunto de la *Revisión del Fallo 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU),* primero que se planteaba en virtud del artículo 11 de su Estatuto, la Corte, aunque no se habían planteado dudas al respecto, debió examinar el carácter del Comité de Peticiones de Revisión, es decir, si este órgano de las Naciones Unidas era uno de los órganos debidamente autorizado según el artículo 96-2 del Estatuto. La Corte llegó a la conclusión de que el Comité era, efectivamente, un órgano de las Naciones Unidas debidamente establecido con arreglo a los artículos 7 y 22 de la Carta y debidamente autorizado, en virtud del artículo 96-2 de la Carta, para solicitar opiniones consultivas.

La Corte sería competente para pronunciarse si **el órgano que solicita la Opinión actúa en base a sus competencias.** En la cuestión *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado* la Corte consideró lo planteado por Israel en el sentido de que la Asamblea General, al hacer la solicitud de una Opinión Consultiva a la Corte, habría ido más allá de sus competencias pues el Consejo de Seguridad, según Israel, ejercía un papel activo en el asunto del Medio Oriente. Recordemos que según el artículo 12 de la Carta "mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta (...) la Asamblea no hará recomendación alguna (...) a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad".

La Corte examina la acción de la Asamblea General y la del Consejo y concluye que los mismos pueden conocer en forma paralela

---

497 CIJ, Rec. 1982, págs. 333 y 3334, párr. 21.
498 CIJ. Rec. 2004, párr. 14.

una misma cuestión. Se consideró que se cumplieron los requisitos necesarios para que la Asamblea General pudiera examinar una cuestión que estaba en la agenda del Consejo.

Además, la solicitud debe versar sobre una **cuestión jurídica** lo que a veces se confunde con algunos rasgos políticos que la cuestión pueda tener. En el contexto de la CPJI, recordamos que el tribunal no trató la solicitud sobre la *Carelia oriental* por considerar, en su Opinión Consultiva Número 5, que "le era imposible expresar una opinión, al considerar que la cuestión que se la había planteado, por una parte, estaba vinculada directamente con el punto esencial de una controversia entre dos Estados, por lo que responder, hubiera equivalido, en substancia, a resolver una controversia entre las partes y, por otra, hubiera planteado puntos de hecho que no podían ser esclarecidas, sino contradictoriamente".

En la cuestión relativa a la *Interpretación del Acuerdo del 25 de marzo de 1951* la Corte examinó la solicitud para determinar si podía iniciar o no su consideración y emitir la opinión requerida, debido al carácter supuestamente político de la cuestión. El Tribunal concluye entonces que "... rechazar la solicitud sería ir en contra de la jurisprudencia que ha establecido. Si una cuestión sometida en una solicitud —precisa el Tribunal— es de naturaleza tal que queda incluida en el ejercicio normal de sus facultades judiciales, la Corte no tiene que ocuparse de los motivos que puedan haberla inspirado".

En la cuestión sobre el *Sahara occidental* se planteó en la Asamblea General, si la Corte era competente para emitir una Opinión Consultiva. Algunos representantes consideraron que, dado el carácter político de la cuestión jurídica, no era apropiado solicitarla. Otros representantes indicaron que no se trataba de una cuestión histórica, de hecho o política, sino de una cuestión en la que era preciso aclarar un aspecto de derecho, a saber, si el Sahara era *terra nullius* en el momento de su colonización.

El Tribunal estimó en su opinión que la cuestión planteada por la Asamblea estaba enmarcada en la esfera del derecho, es decir, era una cuestión jurídica; y, planteaban problemas de Derecho Internacional, a saber, si un territorio era *terra nullius* en el momento de su colonización

y qué vínculos existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano. La Corte reitera que "cuestiones (...) redactadas en términos jurídicos y que planteen problemas de Derecho Internacional (...) son por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta fundada en el Derecho."499 Por lo tanto, en principio, la Corte entiende que estas cuestiones son de carácter jurídico. La Corte añadió que una cuestión que sea a la vez de derecho y de hecho no deja de ser una cuestión jurídica conforme al párrafo 1 del artículo 96 de la Carta y al párrafo 1 del artículo 65 del Estatuto.

En la Opinión Consultiva del 20 de julio de 1962, sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, en el que Francia y la Unión Soviética cuestionaron la regularidad de los gastos de la organización con motivo de las operaciones de mantenimiento de la paz en el Congo, la Corte indicó que era necesario que la solicitud de la opinión versara sobre una cuestión jurídica y no sobre una cuestión política, el Tribunal no atribuyó un carácter político a la cuestión, ya que se trataba de la interpretación de una disposición convencional, como lo es el artículo 17-2 de la Carta de las Naciones Unidas que se refiere a los gastos de la Organización.

La Corte **no ha aceptado en todos los casos solicitudes de Opiniones Consultivas**. La Corte puede rechazar la solicitud de una opinión, pero se requieren razones importantes para ello, como lo dijo en su Opinión Consultiva del 23 de octubre de 1956, en relación con los *Juicios del Tribunal Administrativo de la OIT* (p-186) y en la del 20 de julio de 1962 sobre Ciertos gastos de las Naciones Unidas. La Corte precisó entonces que serían necesarias **razones decisivas** para que el Tribunal rechazara una solicitud de opinión consultiva.

El órgano puede estar autorizado, pero el tema objeto de la solicitud no es de su competencia, como ocurrió con la solicitud formulada en 1995 por la Asamblae de la OMS, en cuanto a la *Legalidad del uso del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*.La Asamblae de la OMS planteó entonces, en conreto, la siguiente pregunta: "En vista de los efectos sobre la salud y el medio ambiente

499 CIJ, Rec. 2010, par.25,Opinión Consultiva sobre la Conformidad al derecho de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. CIJ.Rec.1975, p.12,par.15.

¿Constituiría el uso de armas nucleares por un Estado en una guerra u otro conflicto armado una transgresión de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, incluida la constitución de la Organización Mundial de la Salud?"[500]. La Corte, por once votos contra tres, declaró que "no podía admitir que le había sido solicitada por resolución (...) de la Asamblea Mundial de la Salud...."[501] por considerar que la OMS no tenía competencia, en relación con la materia, para formular tal solicitud.

La Corte, sin embargo, se pronunció sobre la cuestión planteada, la misma en esencia, por la Asamblea General, acerca de la *Legalidad de la amenaza o el empleo del armas nucleares* en la misma Opinión por la que rechazaba conocer la cuestión planteada por la OMS[502]. La pregunta planteada a la Corte por laAsambleaGeneral,conurgencia,fue:"¿Autorizaelderechointernacional en algunas circunstancias la amenaza o el empleo de armas nucleares?"[503].

Por otra parte, **el planteamiento del órgano debe ser concreto**. La Corte debe ceñirse al mismo al examinar la cuestión y emitir una opinión al respecto. En el asunto de la *Aplicabilidad de la sección 21 del Acuerdo sede de las Naciones Unidas, entre los Estados Unidos y las Naciones Unidas* la Asamblea General decidió "conforme al artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia y en aplicación del artículo 65 de su Estatuto, una Opinión Consultiva sobre la cuestión siguiente, tomando en cuenta el tiempo apremiante:

> "En vista de los hechos consignados en los Informes del Secretario General (A/42/195 y Add. 1) los Estados Unidos de América, en su condición de parte del Acuerdo entre las Organización de las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América, relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas, está obligado a recurrir al arbitraje conforme a la sección 21 del Acuerdo".

Un Estado puede solicitar a la Corte que rechace la solicitud formulada por un órgano u organismo internacional autorizado. El

---

500 Res/WHA/46.40, del 14 de mayo de 1993.
501 Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996.
502 Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996.
503 Res/45/75 K, del 15-12-94.

Tribunal deberá, entonces, examinar la cuestión y pronunciarse. En el asunto de la *Interpretación de los Tratados de Paz*, la Corte examinó la solicitud formulada por Bulgaria, Hungría, Rumania y otros Estados, la cual se basaba en dos argumentos: exceso de poder de la Asamblea General e incompetencia de este órgano, en virtud del artículo 2-7 de la Carta, ya que el asunto entraba en la esfera de competencias internas de los Estados. La Corte rechazó en su Opinión Consultiva del 30 de marzo de 1955 estos planteamientos al indicar que "las objeciones hechas a la competencia de la Corte para emitir la Opinión Consultiva que le había sido solicitada, no tenían fundamentos y por ello no podían ser retenidas".

En el asunto del *Sahara occidental*, España también cuestionó la competencia de la Corte, por cuanto se requería el consentimiento del Estado interesado. El Tribunal, en respuesta al planteamiento de España, se refirió a la cuestión de los tratados de paz internacionales firmados por Bulgaria, Hungría y Rumania y declaró que "es cierto que la Corte afirmó en este pronunciamiento que su competencia para emitir una Opinión dependía del consentimiento de los Estados interesados, aún cuando el caso estuviera relacionado con una cuestión jurídica que, de hecho, se encontrara pendiente entre ellos".

En determinadas circunstancias, de no existir el consentimiento de un Estado interesado, la emisión de una Opinión Consultiva podría ser incompatible con el carácter judicial de la Corte. Así ocurriría, por ejemplo, si las circunstancias revelaran que el hecho de dar una respuesta tendría el efecto de soslayar el principio de que ningún Estado está obligado a permitir que el litigio en que es parte sea sometido a arreglo judicial, sin su consentimiento. En la cuestión del *Sahara occidental*, la Corte estimó que la controversia entre España y Marruecos que planteaba un problema de soberanía en relación el territorio de mas de 280.000 kms, antes denominado Sahara español, no le impedía ejercer su competencia consultiva.

La consideración de la cuestión planteada puede ser con carácter de **urgencia**, en virtud del artículo 103 del Reglamento. En efecto, la Corte puede dar tal carácter si así se solicita o si ella misma estima que es deseable una pronta respuesta. De acuerdo con el artículo citado "la Corte tomará todas las medidas que sean necesarias para acelerar el

procedimiento, y deberá ser convocada lo antes posible a fin de celebrar audiencia y deliberar sobre la solicitud".

En el Asunto citado de la *Aplicabilidad de la sección 21 del Acuerdo sede de las Naciones Unidas, entre los Estados Unidos y las Naciones Unidas,* Asamblea General, en la resolución por la que solicita la Opinión a la Corte, considera la **urgencia** con que debe tratar esta cuestión y la necesidad de aplicar inmediatamente el procedimiento de solución de controversias conforme a la sección 21 del Acuerdo. La Corte aceptó acelerar el proceso, en la Providencia del 9 de marzo de 1988, en la que indica textualmente que "una pronta respuesta a la demanda sería deseable, tal como está previsto en el artículo 103 del Reglamento de la Corte"[504].

En el caso de la cuestión: *Consecuencias jurídicas de la construcción de unmuroenterritoriopalestinoocupado,*la Asamblea General, pidió también a la Corte que emitiera con **urgencia** una Opinión Consultiva sobre la siguiente cuestión: "¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las normas y principios del derecho internacional, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?"[505].

b. Órganos autorizados por la Carta: la Asamblea General y el Consejo de Seguridad

El mecanismo establecido en la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 96-1 permite el acceso directo de la **Asamblea General** y del **Consejo de Seguridad.** Además, en virtud del artículo 96-2 de ese mismo texto, la Asamblea General puede autorizar a otros órganos de la Organización y a otros organismos internacionales, como veremos más adelante, para que soliciten al Tribunal Opiniones Consultivas sobre

504 A/Res/42/229 (B), del 2-3-88.
505 A/Res/ES-10/14 (A/ES-10/L.16), del 8-12-2003.

cuestiones jurídicas que se puedan plantear **dentro de la esfera de sus actividades.**

La Asamblea General ha solicitado en varias oportunidades Opiniones Consultivas a la Corte, mientras que el Consejo no ha hecho hasta ahora uso de esta facultad que le confiere directamente la Carta. En la práctica, y conforme a las reglas de la Organización, el órgano autorizado examina la cuestión y adopta una resolución conforme al sistema de votación y de mayoría establecido en las reglas pertinentes de la organización, en la cual se plantean las cuestiones específicas al Tribunal.

c. Otros órganos y organismos autorizados para recurrir a la Corte

Los órganos de las Naciones Unidas distintos a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad y organizaciones internacionales pueden ser autorizados a solicitar Opiniones Consultivas al Tribunal, mediante autorizaciones expresas de la Asamblea General, según está establecido en el artículo 96-2 de la Carta.

Así, por ejemplo, observamos que el Consejo Económico y Social (ECOSOC) fue autorizado a solicitar estas Opiniones por resolución 89 (I) de la Asamblea General, del 11 de diciembre de 1946. Igualmente, el Consejo de Tutela, por resolución 171 (II), del 14 de diciembre de 1947; la Comisión interina de la Asamblea General, por resolución 196 (II), del 3 de diciembre de 1948; el Comité de Demandas de juicios del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, por resolución 957 (X) del 8 de noviembre de 1955.

La Asamblea General ha autorizado también a otras organizaciones internacionales vinculadas al sistema de las Naciones Unidas. Esta autorización tiene su fundamento en el texto constitutivo del organismo de que se trata, en otras normas de la Organización y en los Acuerdos de relación de este organismo con las Naciones Unidas que aprueba la Asamblea General, en aplicación del artículo 63 de la Carta.

En el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por ejemplo, la cuestión está regulada en los artículos 29, 31 a 34 y 37 del Instrumento de Enmiendas de la Constitución. Igualmente, en el Acuerdo en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su artículo IX, aprobado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1946. Debe agregarse, en relación a esta Organización, el artículo XII del Estatuto del Tribunal Administrativo de la misma, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, el 9 de octubre de 1946, modificado luego, en 1949.

En la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), del 22 de julio de 1946, se faculta al organismo a solicitar estas opiniones a la Corte, en los artículos 75 a 77. Se debe hacer referencia también al artículo X del Acuerdo de Relación entre la OMS y las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General el 15 de noviembre de 1947.

Igual posibilidad se observa en otros textos constitutivos de organizaciones internacionales, entre las cuales, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su artículo V; de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), en su artículo XVII; de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), en los artículos 84 a 86 y, entre otros, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su artículo 12.

En la práctica se observa que en los textos constitutivos están las normas básicas y la autorización está incluida en la resolución que adopta la Asamblea, para vincular el organismo internacional —cuando se trata de ello— a la organización mundial.

Así, por ejemplo, en su 29º período de sesiones, la Asamblea General aprobó el Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), mediante resolución 3346 (XXIX). De acuerdo, con el artículo 12 del instrumento, la Asamblea General **autoriza** a la OMPI a pedir opiniones consultivas a la Corte. Igualmente, la Asamblea General aprobó el Acuerdo de vinculación del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) con las Naciones Unidas, mediante resolución 32/107 (1977).

La práctica sobre Opiniones Consultivas solicitadas por órganos distintos a la Asamblea General no es muy abundante, lo que no disminuye su importancia. En 1989 el ECOSOC solicitó, a título **prioritario,** a la Corte, una Opinión Consultiva sobre la *cuestión jurídica de la aplicabilidad de la Sección 22, del artículo VI de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, en el caso del señor Dimitri Mazilu,* en su condición de Relator Especial de la Subcomisión (párrafo 2) de las luchas contra las medidas discriminatorias y de protección de las minorías, de la Comisión de Derechos Humanos"[506].

La Corte concluyó por catorce votos contra uno, luego de un examen muy interesante sobre la calidad de experto del señor Mazilu, entre otras cuestiones, que era de la opinión de que "la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas es aplicable en el caso del señor Dimitri Mazilu en su condición de Relator Especial..." Y, por catorce votos contra uno, que "Dato' Param Cumaraswamy tiene derecho a inmunidad judicial en relación con las palabras que pronunció durante una entrevista publicada en un artículo aparecido en el número de noviembre de 1995 de International Commercial Litigation"[507].

La Asamblea General solicitó a la Corte una Opinión Consultiva, mediante resolución 63/3, del 8 de octubre de 2008, sobre la*Conformidad al Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo,* en base a la solicitud al artículo 96-2 de la Carta, 65 del Estatuto de la Corte y de los artículos 10 y 11 de la misma Carta que le confieren a la Asamblea General tal facultad. La Corte conluye, en primer lugar, que es competente para conocer la solicitud y pronunciarse y luego que "la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008, no viola el derecho internacional."

La Corte conoció y se pronunció también sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muroen el territorio palestino ocupado,* para responder a la solicitud que le planteara la Asamblea General el 8 de diciembre de 2003. La Corte se declara competente para concoer el asunto y opina (14 votos contra uno) que "la edificación del muro que

---

506 A/res/1989/75, del 245-89.

507 Opinión Consultiva del 15 de diciembre de 1989, pár. 61.

Israel, potencia ocupante, está tratando de construir en el territorio palestino ocupado, incluido el interior de Jerusalen este y el régimen asociado son contrarios al derecho internacional" lo que significaba, como lo dijo la Corte en la misma Opinión que Israel debía cesar su construcción.

Más recientemente, el Presidente del FIDA, actuando en nombre de esa institución, transmite a la Corte la Decisión del Consejo de Administración de la msima, en la que se contesta la Decisión 2867, adoptada por el Tribunal Administrativo de la OIT, el 3 de febrero de 2012 y solicita, mediante una Opinión Consultiva a la Corte, la cuestión de la validez de dicha decisión.

d. El procedimiento consultivo

El tratamiento de las controversias que pudieran surgir dentro del marco de actividades de la organizaciones internacionales varía en función de su naturaleza, es decir, si se trata de un organismo de cooperación o de un organismo de financiamiento, clasificación general válida en la que se pueden agrupar los organismos internacionales vinculados al sistema de las Naciones Unidas, al menos en lo que respecta al estudio de los mecanismos de solución de controversias jurídicas. En los primeros se establecen mecanismos menos rígidos, mientras que en los segundos, se busca establecer mecanismos más compromisorios, en cierta forma más efectivos desde el punto de vista jurídico, como el arbitraje y el arreglo judicial.

En los textos constitutivos de organizaciones internacionales se prevén mecanismos para resolver las controversias entre Estados Miembros, referidos anteriormente y controversias en las cuales el organismo es parte, lo que plantea la posibilidad de solicitar Opiniones Consultivas al Tribunal.

Si bien es cierto que el procedimiento consultivo se inspira en el contencioso, el mismo tiene rasgos particulares. El proceso se inicia por una comunicación del Secretario General de la ONU, en el caso de órganos de esta Organización; o del Director General o máxima autoridad de la Organización, en los otros casos, tal como lo establece el artículo 104 del Reglamento.

La autoridad de la Organización comunica la decisión adoptada por el órgano de que se trate, que se traduce normalmente en una resolución. Así, por ejemplo, en el Caso de la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales del autogobierno de Kosovo[508], el Secretario General hace la solicitud remitiendo a la Corte la resolución correspondiente de la Asamblea General. Igualmente, en el caso citado, mas reciente, del FIDA y un Fallo del Tribunal de la OIT.

De acuerdo con el artículo 105 del Reglamento, el Secretario (*Greffier)* "comunicará las exposiciones escritas presentadas a la Corte, a los Estados y organizaciones que también hayan presentado las suyas". Y, la Corte o el Presidente decidirá sí y como se presentan las observaciones y la fecha de su presentación por escrito y decidirá si procede o no una fase oral.

La Corte fija, como en el procedimiento contencioso, audiencias para que se formulen declaraciones y poder formarse un juicio sobre la cuestión. En el asunto citado de Kosovo la Corte fijó audiencias los días 17 de abril de 2009 y 17 de julio de 2009 para que la Organización y los Estados Miembros proporcionasen información sobre el asunto. En la práctica, por lo general, un número importante de Estados participa en estas audiencias suministrando información que la Corte considerará al momento de adoptar su decisión. Además de las presentaciones orales, los Estados pueden presentar observaciones escritas.

Al igual que en el procedimiento contencioso, la Opinión Consultiva será leída en audiencia pública. La Opinión debe contener, según el artículo 107 del Reglamento:La fecha en que se ha pronunciado; los nombres de los jueces que han participado en ella; un resumen del procedimiento; las circunstancias de hecho; los fundamentos de derecho; la respuesta a la pregunta formulada a la Corte; la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría; la indicación del texto que hará fe.

También al igual que en el procedimiento contencioso, los jueces pueden adjuntar Opiniones Separadas o Disidentes y Declaraciones,

---

[508] Res 63/3, del 8-10-2008.

cuando desee hacer constar su acuerdo o disentimiento sin explicar los motivos, a lo cual nos referimos antes.

En el marco de un proceso consultivo, la Corte puede acordar la designación de un juez *ad hoc* si considera que entre los Estados involucrados hay una cuestión jurídica pendiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102 su Reglamento que equipara el proceso consultivo al contenciso, en sus aspectos procesales.

La posibilidad de que se designe un juez *ad hoc* ha sido considerada por la Corte en varios Asuntos, entre los cuales el de las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudfáfrica en Namibia,* en relación con el cual el Tribunal, en virtud del artículo 46 del Estatuto, que le otorga esta facultad, consideró a puerta cerrada la solicitud de Sudafrica de que se designara un juez *ad hoc*; y decidió rechazarla mediante Providencia del 29 de enero de 1971509. En el Asunto del *Sahara occidental*, Marruecos y Mauritania solicitaron a la Corte la designación de un juez *ad hoc.* El Tribunal aceptó la primera solicitud510, designándose al señor Boni, de Senegal, por que parecía que había una controversia jurídica relativa al territorio del Sahara occidental entre Marruecos y España, al momento en que la Asamblea General adoptó la resolución mediante la cual solicitaba dicha Opinión y que las cuestiones planteadas podían estar relacionadas con la controversia. España no se opuso a la designación. La Corte, contrariamente, por considerar que no existía tal relación en ese momento, negó la solicitud de Mauritania.

e. **Naturaleza y alcance de las Opiniones Consultivas**

Distintamente a las decisiones del Tribunal adoptadas dentro del marco de su función contenciosa, las Opiniones Consultivas de la Corte no vinculan, en principio, a las partes en la controversia, al menos desde el punto de vista jurídico.

Las Opiniones Consultivas son **recomendaciones** que las partes pueden o no respetar, aunque el objetivo fundamental de las mismas sea resolver las controversias jurídicas que se puedan plantear dentro del

509CIJ.Rec.1971, p.19, pár.12.
510CIJ. Rec.1975, p.16, pár.10.

ámbito de actividades de un órgano o de una organización internacional. La Opinión Consultiva no es un acto jurisdiccional. Al no poseer la fuerza obligatoria de la decisión, se analiza no como una decisión, si no como una opinión de la Corte, destinada a esclarecer al órgano que la consulta.

La Corte, en el asunto de la *Interpretación de los Tratados de Paz* señaló, en su opinión consultiva del 30 de marzo de 1955: La respuesta de la Corte no tiene sino un carácter consultivo; como tal, no podría tener efectos obligatorios.

Para algunos autores, sin embargo, resulta contradictorio que las Opiniones Consultivas de la Corte no sean vinculantes desde el punto de vista jurídico. Es contrario a toda lógica confiar a un órgano la función de decir el derecho y de declarar que el derecho proclamado por este órgano no tiene fuerza obligatoria. Sin embargo, la Carta de las Naciones Unidas y sobre esa base, la práctica desarrollada, le otorga a las Opiniones Consultivas un carácter recomendatorio.

La práctica observada en la materia refleja que hay una aceptación normal, por las partes en una controversia, de la opinión consultiva de la Corte. Algunos autores afirman que una regla consuetudinaria internacional, la de la fuerza obligatoria de las opiniones consultivas, ha aparecido en la materia, pero no se puede deducir de la práctica tal fuerza obligatoria de la misma toda vez que la misma no está bien establecida.

Las Opiniones Consultivas pueden, sin embargo, ser obligatorias si las partes lo convienen previamente o si así se establece en el texto o instrumento en el que se incluye la disposición por la cual se faculta el recurso al Tribunal para solicitar una Opinión Consultiva. Tal obligatoriedad la observamos en el caso de las Opiniones Consultivas emitidas por la CIJ en relación con los Fallos del Tribunal Administrativo de la Organziación Internacional del Trabajo (TAOIT). En la Opinión Consultiva emitida el 1º de febrero de 2012 sobre el Fallo 2867 del Tribunal Administrativo de la OIT al reiterar el carácter de estas Opiniones en este contexcto, la Corte recuerda, asunto que veremos en su oportunidad, que el artículo XII-2 del Anexo del Tribunal de la OIT que prescribe a este respecto que "la opinión de la

Corte será de obligatorio cumplimiento" lo que hace, además, que la Opinión de la Corte en este contexto tenga un carácter de apelación de la Decisión del Tribunal, si, como lo dice la CIJ en esa misma Opinión, la competencia del Tribunal es contestada por una falta esencial de procedimiento. La CIJ no puede reformar una Decisión del Tribunal si éste es competente para adoptar la Decisión)CIJ.Rec.1956, p.99 y CIJ.Rec.2012,p.35,pár.97).

VII. La solución de las controversias en el marco de la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar

Las controversia jurídicas internacionales, como dijimos, pueden tener caracteristicas muy especificas, por lo que se crean medios igualmente particulares para su solución. El derecho del mar no escapa a esa apreciación. Las controversias en este contexto son particulares, también el sistema que presenta la CNUDM son igualemnte especiales, como veremos enseguida.

En este contexto estamos ante controversias internacionales en las cuales las partes pueden ser además de los Estados, entidades distintas: un órgano internacional, una empresa publica o una persona natural o jurídica. Esa especificidad se ubica en lo que hemos venido hablando, la transformacion de la sociedad internacional, las nuevas realidades y en consecuencia, el nuevo Derecho Internacional. Los mecanismos se presentan particulares, al igual que el derecho material aplicable.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (En lo sucesivo la Convención), aprobada el 30 de abril de 1982 y en vigor desde el 16 de diciembre de 1994, regula en diversas Partes y disposiciones lo relativo a las controversias que puedan surgir entre las partes; y, a los mecanismos previstos para su solución, en particular, en la **Parte XV; la Sección 5 de la Parte XI** y los distintos **Anexos** de la Convención, relacionados concretamente con el **Tribunal de Derecho del Mar (**En lo sucesivo el Tribunal), la **Sala de Controversias de los Fondos Marinos y Oceánicos** (En lo sucesivo la Sala) , los **mecanismos de arbitraje**, la **Conciliación** y las **Salas de Procedimiento Sumario y Especiales**.

Igualmente importantes para comprender el funcionamiento, del sistema, tenemos otros textos elaborados en consideración de las reglas aplicables por la CIJ, guardando desde luego, sus especificidades. El **Reglamento**, enmendado en varias ocasiones, la última vez el 17 de marzo de 2009; la **Resolución sobe la Práctica Interna del Tribunal en materia judicial**, adoptada el virtud del artículo 40 del Estatuto, el 31 de octubre de 1997; y, las **Directrices relativas a la preparación y presentación de los asuntos planteados**

al Tribunal, adoptadas en virtud del artículo 50 del Estatuto, el 14 de noviembre de 2006.

En lo que respecta al derecho material, el tribunal deberá tomar en cuenta al momento de considerar un asunto, además de las **normas de Derecho Internacional no incompatibles con la Convención**, algunos acuerdos conexos o relacionados a ésta, a lo cual nos referimos más adelante, al examinar el derecho aplicable. En consideración de tales textos y de la jurisprudencia del mismo Tribunal, abordaremos enseguida, en términos generales, los mecanismos incorporados en la Convención y sus Anexos: **estructura, competencias** y **procedimientos;** pero antes un breve comentario sobre los **principios generales aplicables a la solución de las controversias en este contexto** y al **carácter subsidiario** del sistema de la Convención.

A. **Los principios generales de la solución pacífica de controversias, por los medios elegidos libremente por las partes**

El artículo 279 de la Convención remite al **principio relativo a la obligación de solucionar las controversias por los medios pacíficos,** contenido en el artículo 2-3 de la Carta de las Naciones Unidas, antes examinado; y, al artículo 33-1 del mismo texto, igualmente examinado, en el que se enuncian los **medios de solución de controversias más importantes, reconocidos por el Derecho Internacional.** El artículo 279 de la Convención precisa en ese sentido que "los Estados Partes resolverán sus controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta Convención **por medios pacíficos** de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y, con ese fin, procurarán su solución por los **medios indicados en el párrafo 1del Artículo 33 de la Carta**".(negrillas nuestras)

El artículo 280 del mismo texto, por su parte, recoge el **principio de la libertad de elección de los medios,** al señalar que "ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados Partes a convenir, en cualquier momento, en solucionar sus controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta

Convención **por cualquier medio pacífico de su elección**." (negrillas nuestras)

B. La obligatoriedad y el carácter subsidiario del sistema de solución de controversias de la Convención

El sistema de solución de controversias que se incorpora en la Convención es **obligatorio,** es decir, las partes deben recurrir a uno de ellos e incluso a otros, para resolver la controversia. Las decisiones que producen sus órganos son igualmente vinculantes. Sin embargo, en el sistema se otorga **priordad a otros medios** distintos a los previstos en el sistema, lo que le otorga un carácter **subisidiario** que en nada afecta dicha obligatoriedad ni la importancia de esos medios.

El mecanismo que ofrece la Convención es obligatorio para las partes en una controversia, **si ellas no han convenido en otro medio, si mediante ese medio no han resuelto dicha controversia y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de aplicar otro precedimiento,** como lo prescribe el artículo 281-1 de la Convención. De la misma manera, se da en la Convención (Art. 282) **prioridad a los acuerdos de carácter general, regional o bilateral** que las partes en la controversia hayan suscrito, para resolver la controversia de que se trate.

Se entiende que los mecanismos a que se refieren estas disposiciones deben ser eficientes. De no serlo, se activa el sistema previsto en la Convención que en todos los casos conduce forzosamente a un medio, cuya decisión resulta, como dijimos, vinculante para las partes.

C. La obligación de intercambiar opiniones

Una obligación primaria se impone a las partes en una controversia en relación con la interpretación y la aplicación de la Convención, tal como lo prescribe el artículo 283 de la misma: "proceder sin demora a **intercambiar opiniones** con miras a resolverla mediante negociación o por otros medios pacíficos". La obligación es válida cuando, aunque se hayan puesto de acuerdo sobre el mecanismo, éste no ha resuelto la cuestión de que se trate.

Incluso, como dice el mismo artículo, en su parágrafo 2, "cuando se haya llegado a una solución y las circunstancias requieran consultas sobre la forma de llevarla a la práctica".

El tribunal se ha referido en varias oportunidades a esta obligación. Así, en el Caso *Navío Louise*, entre San Vicente y Granadinas y España, ésta afirmó en el proceso que "las condiciones estipuladas en el artículo 283 de la Convención no habían sido satisfechas toda vez que en su opinión, no se había procedido a un intercambio de puntos de vista en relación con la solución pacífica de la controversia mediante la negociación u otros medios pacíficos."511 El tribunal consideró, además, que esa obligación corresponde a las dos partes, como lo había afirmado antes en el Caso de los *Trabajos de polderización en las proximidades y en el interior del estrecho de Johor.512*

D. Los mecanismos previstos en la Convención y su selección

Si la controversia no se resuelve mediante negociaciones u otro medio acordado por las partes involucradas, como vimos antes, ésta se someterá "a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto en la sección 2, de la Parte XV de la Convención" tal como lo establece el artículo 286 de la Convención. Se trata, como dijmos, de un mecanismo compulsio, en el sentido que el Estado debe necesariamente escoger un medio cualquiera, lo que responde a la necesidad de que las controversias que puedan plantearse sean definitivamente solucionadas.

Al hacerse parte en la Convención, los Estados pueden escoger libremente uno de los medios señalados en el artículo 287-1 de la Convención, a los cuales nos referiremos enseguida:

a) El **Tribunal Internacional del Derecho del Mar** constituido de conformidad con el Anexo VI;
b) La **Corte Internacional de Justicia;**

511 Providencia del 23 de diciembre de 2010, pár. 54.
512 Providencia del 8 de octubre de 2003, del 8 de octubre de 2003, pár.38.

c) Un **tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;**
d) Un **tribunal arbitral especial**, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que enél se especifican."

Los Estados escogen el medio al momento de expresar el consentimiento en obligarse por la Convención, mediante **declaración escrita**. El órgano de que se trate es competente entonces a partir de la **notificación** que el Estado transmite al Secretario General de las Naciones Unidas; si los dos o mas Estados partes en la controversia han aceptado el mismo mecanismo, no habría divergencias en cuanto al medio. La situación es distinta si las partes en la controversia han aceptado medios diferentes. En este caso, si no hay un acuerdo entre las partes en ese momento, la controversia de que se trate será remitida al Arbitraje (Anexo VIII), como lo prescribe el artículo 287-5 de la Convención, a menos que decidan recurrir a otro medio, lo que confirma la preemenincia que se otorga al principio de la libre elección del mecanismo, sin que ello afecte el carácter compulsivo del sistema, como dijimos antes.

Las partes en una controversia, como lo ha dicho el tribunal, no están obligadas a continuar los procedimientos previstos en la Sección 1, de la Parte XV, de la Convención, cuando concluyen que las posibilidades de solucionar la controversia se han agotado513. Así lo afirma el Tribunal en el Caso de la *Fábrica MOX,* cuando dice que "un Estado Parte no está obligado a continuar intercambio de puntos de vista cuando llega a la conclusión de que las posibilidades de llegar a un acuerdo se han agotado."514

1. La conciliación facultativa y obligatoria

513Caso del *Atún* azul (Nueva Zelandia-Japón y Australia contra Japón, medidas precautelares, Providencia del 27 de agosto de 1999, TIDM, Rec. 1999, pp: 280-295, pár. 60.
514 Caso de la *Fábrica de MOX*, Irlanda contra el Reino Unido, medidas conservatorias, Providencia del 3 de diciembre de 2001, TIDM, Rec. 2001, pp: 95-107, pár.

De no arreglarse la controversia, las partes, de mutuo acuerdo, pueden recurrir a la **conciliación**, que se presenta en la Convención tanto en forma **facultativa,** como en forma **obligatoria**, mecanismo este último que se inspira en algunos instrumentos anteriores, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en el que se le incluye de esta manera.

Para que funcione este mecanismo, en el marco de su **carácter facultativo**, un Estado parte en la controversia debe invitar a la otra u otras partes para someter la controversia a la **Conciliación**, de acuerdo con el Anexo V de la Convención. En el artículo 1 de ese Anexo se precisa la necesidad del **mutuo acuerdo** para que una de ellas pueda incoar el procedimiento, de conformidad con lo dipuesto en el artículo 3 de dicho Anexo, en el que se presentan las reglas relacionadas con el funcionamiento del órgano de Conciliación. Las normas procesales, sin embargo, son fijadas por los mismos conciliadores, según el artículo 4 del mismo texto.

La Comisión de Conciliación, de acuerdo con la Sección 1 de la Parte XV de la Convención, tratará ante todo de **facilitar un arreglo amistoso**, para lo cual oirá a las partes y les hará **recomendaciones para tal arreglo amistoso**. La Comisión presenta un Informe en el que "dejará constancia de los acuerdos a que se haya llegado y, si no ha habido acuerdo, de sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho relativas a la cuestión en litigio e incluirá las recomendaciones que estime adecuadas para una solución amistosa" (Art. 7). Las **conclusiones y recomendaciones no son vinculantes** para las partes; se trata de recomendaciones, en el sentido que hemos visto antes, al tratar la Conciliación como medio de solución de controversias, en general. El procedimiento termina cuando se resuelve la cuestión o cuando expresamente una de las partes comunica al Secretario General de las Naciones Unidas que rechaza el Informe de la Comisión.

Distintamente, el **recurso a la conciliación** es **obligatorio** cuando las partes asi lo han aceptado previamente, de acuerdo con la Sección 3 de la Parte XV de la Convención. Ello está regulado en los

artículos 297 y 298 de la Convención y en la Sección 2 del Anexo V, relativo a la "sumisión obligatoria al procedimiento de conciliación de conformidad con la Sección 3 de la Parte XV de la Convención".

El procedimiento de conciliación se inicia unilateralmente. Un Estado parte en una controversia que pueda ser sometida a la conciliación de acuerdo con la seccion 3 de la Parte XV antes referida "podrá incoar el procedimiento mediante notificación escrita dirigida a la otra u otars partes...". La parte notificada está obligada a someterse al procedimiento. (Art. 11 del Anexo V). La no respuesta o aceptación de la notificación, lo que refuerza el caracter obligatorio del procedimiento "no será obstáculo para la sustanciación de éste". (Art. 12 del Anexo V). Si la parte a la que se le notifica el inicio del procedimiento no responde, la Comisión puede igualmente actuar y considerar la cuestión de que se trate. La falta de respuesta o de sumisión al procedimiento "no será obstáculo para la sustanciación del mismo", como se precisa en el artículo 12 del Reglamento.

La **competencia** no es un problema cuando se trata de la **conciliación facultativa** ya que las partes se ponen de acuerdo previamente sobre el procedimiento y el mandato de la Comisión. Distintamente, el problema de la competencia puede plantearse cuando la **conciliación es obligatoria**. En el contexto de la Convención, la Comisión es competente para resolver cualquier cuestión que pueda plantearse en relación con su propia competencia, lo que responde al principio aceptado en los textos de los distintos tribunales internacionales, ya comentado, de la "competencia de la competencia", como sería el caso de la Corte de La Haya la cual, según el artículo 36-6 de su Estatuto, en caso de disputa en cuanto a sí tiene o no jurisdicción, ella lo decidirá. El artículo 13 del Anexo V de la CNUDM es claro a ese respecto.

Las **reglas aplicables** a la conciliacion facultativa enteramente son aplicables a la obligatoria, de acuerdo con el artículo 14 del Anexo V de la Convención en el que se precisa que "los artículos 2 a 10 de la sección 1 se aplicarán con sujeción a lasdisposiciones de esta sección".

2. El Tribunal del Derecho del Mar

El Tribunal es un órgano jurisdiccional internacional, cuya **estructura, competencias y procedimiento** están determinadas en los textos antes señalados. La creación del Tribunal no fue fácil. Las negociaciones durante la Conferencia del Mar fueron complejas y no siempre favorables a su creación. La mayoría consideraba que debían incluirse mecanismos obligatorios, con capacidad de adoptar decisiones vinculantes lo que finalmente se logra pese a la posición de algunas delegaciones favorables a la inclusión de un sistema no cumplulsivo, cuyas decisiones incluso no fuesen vinculantes para las partes. En algún momento se pensó en otros mecanismos, incluso en la remisión a la CIJ para que conociera las controversias que pudieren plantearse entre las Partes por la interpretación o la aplicación de la Convención; pero, en los años setenta, cuando se pensó en esa vía, el tribunal de La Haya estaba disminuido. Eran los años posteriores a su tan criticada Decisión sobre el *Sudoeste africano*. Los Estados no aceptaban en su mayoría la jurisdicción de la Corte, tampoco tenían confianza en ella.

El Tribunal del Mar, junto a la Corte de La Haya y las distintas instancias jurisdiccionales, universales o regionales, desempeña un papel cada vez más importante en la solución de las controversias internacionales y con ello, en relación con el mantenimiento de la paz y de la segruidad internacionales. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución adoptada el 2010, observó "consatisfacciónla constante y significativa contribución del Tribunal a la solución pacífica de controversias de conformidad con la Parte XV de la Convención (de Derecho del Mar) y subraya la importante función y autoridad del Tribunal respecto de lainterpretación o la aplicación de la Convención y el Acuerdo relativo a la Parte XI".515

La jurisprudencia del Tribunal no es aislada; por el contrario, existe en la practica, lo que favorece su validez, coherencia con la jurisprudencia de otros triubunales y órganos internacionales que administran la justicia.

---

515 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 66/231, de 2010, del 14 de diciembre de 2011, p.11, pár.37.

a. Estructura

i. Miembros permanentes o jueces

El Tribunal está integrado por 21 "miembros independientes" o jueces, denominación que se reconoce en el Reglamento (art.1.e), que con todas las condiciones profesionales y morales, representen los diversos sistemas jurídicos del mundo y las distintas regiones en forma equitativa, al menos tres por cada región según el criterio aplicable en la Asamblea General de las Naciones Unidas (Art. 3-1 del Estatuto). No podrá haber dos nacionales de un mismo Estado (Art.3-2 del mismo texto). Los jueces son elegidos por nueve años, pudiendo ser elegidos por igual término. Sólo en la primera elección, según lo estipula el artículo 5, siete de los jueces elegidos terminarían su mandato a los tres años y otros siete, a los seis.

La primera elección se debía llevar a cabo seis meses después de la entrada en vigor, pero debió postergarse por algunas razones, entre las cuales, que la mayoría de los Estados Partes eran de Africa, Asia y América Latina, estando los occidentales y europeos ausentes entonces, lo que hubiera permitido una composición poco amplia del mismo. Asi, la primera elección se llevó a cabo en 1996.

También como en el caso de la CIJ, los jueces no podrá ejercer ninguna función política o administrativa ni tener "vinculación activa con ningunaempresa que intervenga en la exploración o la explotación de los recursosdel mar o de los fondos marinos o en otra forma de aprovechamientocomercial del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financieroen dichas empresas." (Art. 7-1) Tampoco, desde luego, podrá ejercer funciones como agente o consejero en un asunto que se trate en el tribunal.

Un juez tampoco podría actuar en un asunto en relación con el cual haya intervenido antes como agente, consejero o abogado de una de las partes en la controverisa. Es decir, el juez puede **inhibirse o ser recusado** si existe esta vinculación. El Presidente del tribunal tiene la

facultad de solicitar a un miembro o juez del tribunal no conocer un caso determinado. En todos los casos, si hubiese dudas, es el mismo tribunal el que decide.

Al igual que en la CIJ, como vimos antes, cuando un juez termina su mandato pero está conociendo un asunto que haya sido iniciado antes de la fecha de su reemplazo, ese juez seguirá participando como tal, como lo establece el artículo 5-3 del Estatuto del Tribunal. Los jueces cuyos mandatos han expirado, en efecto, pueden seguir participando en la fase de que se trate, si el asunto en examen aún no ha concluido, tal como se establece en el artículo 17 del Reglamento. Es el caso, por ejemplo, de los jueces Yankov y Treves cuyos períodos de funciones había expirado el 30 de setiembre de 2011, que continuaron actuando como jueces hasta el final del procedimiento, ya que habían participado en las reuniones a que se refiere el artículo 68 del Reglamento.516

b. Jueces *ad hoc*

Al igual que en el contexto de la CIJ, nada impide a un juez de la nacionalidad de una de las partes en una controversia puede actuar como tal en ese caso, como lo dice el artículo 17-1 del Estatuto. Por otro lado, en un proceso ante el Tribunal existe la posibilidad de que una parte que no tenga un juez de su nacionalidad pueda designar un juez *ad hoc* conforme a las reglas del Estatuto y del Reglamento, lo que se fundamenta en el principio ya referido del **equilibrio de las partes en el proceso.** En el Estatuto del Tribunal no se hace referencia expresa al juez *ad hoc,* aunque si en el Reglamento. Un juez *ad hoc* es, según el artículo 1 g) de dicho Reglamento "toda persona escogida conforme al artículo 17 del Estatuto a los fines de un asunto determinado". El juez designado debe, en todos los casos, cumplir con los mismos **requisitos** que se exigen para la designación de los jueces permanentes (Art.2-1 del Estatuto); ellos participarán enigualdad de condiciones (Art. 2-8 del Reglamento).

516*Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en el golfo de Bengala*, Decisión del 14 de marzo de 2012, pár. 30.

La designación de un juez *ad hoc* es un derecho que se confiere a los Estados partes en un proceso. **Si un Estado tiene un juez de su nacionalidad o designa un juez *ad hoc*** y el otro Estado parte en dicha controversia, no lo tiene, éste tendrá el **derecho de designar** un juez *ad hoc*, de acuerdo con los establecido en el artículo 17, sin que sea necesario que ese juez tenga la nacionalidad del Estado que lo designa.Es el caso, por ejemplo, de la designación por Irlanda del juez Szekely, de nacionalidad mexicana, para que actuara como tal en el Caso de la *Fábrica Mox*, en el que Irlanda demandó a Reino Unido por la supuesta violación de distintas disposiciones de la Convención, a propósito de la autorización acordada a la Fábrica Mox. Entre los jueces en funciones había ya un juez británico, por lo que la designación de un juez por la otra parte era posible, para equlilrarles en el proceso.

Es probable también que **ninguno de los Estados partes en la controversia** tenga un juez de su nacionalidad, lo que podría conducir a la designación por ellas de jueces *ad hoc.* En el Caso de la *Delimitación marítima y fronteriza entre Bangladesh y Maynmar en el Golfo de Bengala*, ambas partes que no tenían nacionales en funciones de juez permanente, designaron jueces *ad hoc*, a los señores Vaughan Lowe (Bangladesh) y Bernard Oxman (Myanmar) en base al citado artículo 17, lo que fue confirmado por el Tribunal, en vista de que no hubo objeciones de las partes en cuanto a la designación de cada uno de los jueces ni del mismo Tribunal.517

Si por alguna razón, **el juez *ad hoc* cesa en sus funciones**, el Estado parte que le había designado tiene el derecho, en virtud del artículo 19-4 del Reglamento, de **sustiuirlo por otro**, como sería el caso, en el mismo asunto entre Bangladesh y Myanmar, de la designación del juez Mensah, en sustitución del juez Lowe quien había renunciado antes. Además, tal posibilidad existe cuando por alguna razón el juez de la nacionalidad del Estado no puede

517Misma Decisión, pár. 15.

participar en una fase del proceso, el Estado tiene el derecho de designar un juez *ad hoc,* según el artículo 21 del Reglamento.

Un Estado parte en la controversia o el mismo Tribunal pueden **objetar la designación** de un juez *ad hoc,* lo que no se ha planteado hasta ahora en la práctica, lo que no significa que el tribunal no evalúe la situación. El Tribunal también puede presentar objeciones en cuanto a la designación del juez *ad hoc*, lo que se evidencia de las mismas consideraciones del tribunal, como por ejemplo, en el Caso del*Atún azul* en el que destaca en una Providencia que "ninguna objeción fue planteada por Japón (...) **tampoco por el Tribunal mismo..**."518 (negrillas nuestras)

Los jueces *ad hoc* pueden ser designados también en **casos sometidos a una Sala** esecialmente creada para ello como es el *Asunto relativo a la conservación y a la explotación duradera de las reservas de espadon o pez espada en el suoeste del Océano Pacífico*, en el que Chile solicitó la designación de un juez *ad hoc,* Francisco Orrego Vicuña.

También una organzación internacional, una persona física o moral o una Empresa del Estado, es decir, una "entidad distinta al Estado" pueden designar un juez *ad hoc* en determinadas situaciones, de conformidad con las condiciones a las que se refiere el artículo 22 del Reglamento.

c.La competencia del Tribunal

El Tribunal funda su **competencia contenciosa** en el artículo 287 de la Convención y 21 del Estatuto; y, su **competencia consultiva**, en el 138 del Reglamento.

i) Competencia material y competencia personal

Al igual que en la mayoría de los instrumentos internacionales en los cuales se incluyen de manera expresa clásulas relativas a la solución de controversias, el mecanismo que se incorpora a la

518 Providencia del 27 de agosto de 1999, pár. 13.

Convención se refiere a las controversias que puedan surgir entre las partes, por la **interpretación o la aplicación de la Convención** lo que es expresamente determinado en varias dispociones de la Convención y de los demás instrumentos aplicables, como por ejemplo, el artículo 279 de la Convención.

Más allá de esta expresión que sabemos tiene un sentido específico, en la Sección 5 de la Parte XI de la Convención, que regula las controversias objeto de la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal del Mar (la Sala de Fondos Marinos), la Convención se refiere a los **actos u omisiones** de la Autoridad o de un Estado Parte que se alegue que constituyen una violación de esta Parte o de los anexosque a ella se refieren; o de las normas, reglamentos y procedimientosde la Autoridad adoptados con arreglo a ellos; o**actos** de la Autoridad que se alegue que constituyen una **extralimitación en el ejercicio de su competencia o una desviación de poder**, tal como se recoge en el artículo 187 de la Sala, relativo a la competencia de la Sala que examinaremos mas adelante.

Por otra parte, la **competencia personal** del Tribunal se presenta muy particular, toda vez que no solamente pueden constituirse en parte o actuar en un proceso, los Estados Partes en la Convención, si no otras entidades distintas, en particular, como lo dice el artículo 20 (acceso al tribunal) de la Convención. Tal como vimos antes, además de los Estados pueden participar en un proceso entidades distintas a éste. En el artículo 187 de la Convención, referente a la competencia de la Sala, se mencionan, además, de las controversias entre **Estados Partes,** las controversias que se puedan plantear entre **un Estado Parte y la Autoridad** y las controversias **entre partes contratantes, cuando éstas sean Estados Partes, la Autoridad, las empresas estatales y las personas jurídicas o naturales** a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 153.

i. Competencia contenciosa

Si las partes no logran un acuerdo sobre una controversia por el medio de su elección, están obligadas a recurrir, como dijimos antes, a

un procedimiento obligatorio que adopte decisiones vinculantes jurídicamente, con las excepciones, claro está, que establece la misma Convención.

De acuerdo con el citado artículo 287-1 de la Convención, los Estados pueden recurrir al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a la Corte Internacional de Justicia, a un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII o a un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII. Si no hay un acuerdo entre las partes sobre el mecanismo de solución, como dijimos antes, la controversia solamente podría ser sometida al arbitraje de conformidad con el Anexo VIII de la Convención. En el caso de las **controversias relativas a las actividadesd en al Zona Internacional de los fondos marinos**, ellas son sometidas a la Sala para la Solución de controversias de los fondos marinos, antes referida.

Otros instrumentos pueden constituir también base de la competencia del tribunal:los acuerdos específicos que confieren tal competencia, hasta ahora diez que otorgan la competencia al tribunal. Igualmente, tal como lo expresa el artículo 22 del Estatuto, la competencia del Tribunal puede basarse también en un tratado en vigor que verse sobre las materias objeto de la Convención, en el que las dos partes hayan conferido tal competencia.

El proceso puede iniciarse por **demanda unilateral**, como sería, por ejemplo el más reciente de los Casos, el relativo a la *Fragata Ara Libertad*, en el que Argentina demanda a Ghana, por la inmobilización, por las autoridades de Ghana, de la ciatada fregata, en virtud del artículo 290-5 de la Convención. También puede plantearse la controversia de mutuo acuerdo, mediante un **compromiso**, por el cual deciden someter la controversia de que se trate al Tribunal, como sería el Caso reciente del *Navío Virginia G,* que opone a Panamá y Guinea Bissau, en el que las dos países concluyen un Acuerdo Especial, por intercambio de Notas del 29 de junio y del 4 de julio.

Hay una competencia obligatoria y exclusiva, que no puede ser sustraida mediante una declaración, cuando la controversia se refiere a la **pronta liberación de las naves y de la tripulación**, regulado en el artículo 292 de la Convención en el que se plantea que las partes en este tipo de controversia pueden someter la cuestión de "mutuo acuerdo" pero "si no hay acuerdo" en diez dias a partir del momento de la retención, la cuestión puede ser sometida "a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a laretención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa" (Elección del procedimiento). Este es el Caso de la *Fragata Ara Libertad.*

Es también **obligatoria y exclusiva** la competencia cuando se trata de la solicitud de **medidas provisionales**, que veremos más adelante, en espera de la constitución de un tribunal arbitral, como lo prescribe el artículo 290-5 del mismo texto en el que se precisa que con acuerdo o a falta de él, **el Tribunal o la Sala podrán decretar, modificar o revocar medidas provisionales**, desde luego, como veremos, si el tribunal o la Sala consideran que el tribunal a constituirse es **competente** y si hay **urgencia** para ello.

También resulta obligatoria y exclusiva la competencia cuando se trata de controversias relativas a **la exploración o a la utilización de los fondos marinos,** que ejercerá la Sala que tal como veremos más adelante, funciona en virtud de los artículos 186 a 191 de la Convención, a menos que tratándose de una controversia en relación con una contrato, una de las partes haya decidido recurrir a un tribunal comercial, como lo prevé el artículo 188-2 aunque se excluye que dicho tribunal comercial no podría decidir sobre la interpretación o la aplicación de la Convención.

d. **El procedimiento contencioso**

El procedimiento ante el Tribunal se inicia de conformidad con el artículo 24 y siguientes del Estatuto y con la Parte III del Reglamento, artículos 44 y siguientes. El artículo 24-1 del Estatuto precisa a ese respecto que las "las controversias serán sometidas al

Tribunal mediante notificación de un compromiso entre las partes o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario".

Si la demanda se introduce en forma unilateral, ella debe indicar la parte contra la cual se dirige la demanda y el objeto de la controversia. Además, como lo especifica el mismo artículo 54 del Reglamento en la demanda debe hacerse referencia al fundamento jurídico que la parte demandante entiende, de la competencia del tribunal; y, un resumen de los hechos sobre los que reposa la demanda.

Las partes pueden, como en el caso de la CIJ, influenciar el procedimiento al modificar, de mutuo acuerdo, alguna de las reglas aplicables, lo que es válido tanto en el proceso que se lleva a cabo en el tribunal mismo, como en la Sala.

El procedimiento, como en la CIJ, tiene dos fases: una **escrita** y otra **oral**, durante las cuales las partes presentarán sus **memorias, contramemorias, réplicas y dúplicas** (art. 44-1 y 60 del Reglamento). La presentación de réplicas y dúplicas puede hacerse a solicitud de una parte, autorizado por el Presidente; a instancias de ambas partes o de oficio por el Presidente. Si las partes acuerdan solicitar réplicas y dúplicas, el tribunal lo autoriza y acuerda los plazos para ello, como lo hizo en el Caso del *Navío Virginia G*, cuando "autoriza la presentación de una Réplica a Panamá y una Dúplica a Guinea Bissau" "en virtud de lo acordado por las partes".519

Durante la fase oral del procedimiento que puede ser unida por el tribunal según el artículo 47 del Reglamento, se oirá a los agentes,consejeros, abogados, textigos y expertos, como lo contempla el artículo 44-2 del Reglamento.

De acuerdo con el artículo 90-3 del Reglamento el Tribunal toamará en cuenta todas las consideraciones presentadas antes de cierre de la audiencia, a menos que la otra parte lo acepte. Si se opone,

519 Providencia del 30 de setiembre de 2011, p.2.

como fue en el Caso citado del *ARAS Libertad* que opuso a Argentina de Ghana, el Tribunal decidió que "en aplicación del artículo 90-3 del Reglamento que el documento presentado por Ghana el30 de noviembre de 2012, después del cierre de la audiencia, no sería considerado como parte de las piezas de procedimiento ...", tal como lo había solicitado Argentina. (Providencia del 15 de diciembre de 2012, párs: 24 y 25).

El procedimeinto se fija regularmente mediante **Ordenanzas o Providencias**, algunas de ellas, luego de consultas entre los representantes de las partes en la controversia con el Presidente del Tribunal.

Al igual que en el marco de la CIJ, un Estado puede solicitar **copia de las piezas del proceso**, a lo cual se accede siempre y cuando las partes no se opongan. La opinión de las partes es determinante a la comunicación a otro Estado u entidad, de las piezas del proceso. En el Asunto de la *Delimitación entre Bangladesh y Myanmar*, por ejemplo, Japón hizo una solicitud en ese sentido, lo que fue acordado por el Tribunal, en virtud del artículo 67-1 del Reglamento.

Un Estado puede no comparecer en un proceso, pero ello no afecta el procedimiento. Sin emabrgo, el Tribunal deberá asegurarse, en primer lugar, de que es competente para conocer la controversia; además, de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y el Derecho" como lo establece el artículo 28 del Estatuto.

e. Limitaciones a la competencia del Tribunal

La Convención establece dos tipos de limitaciones al ejercicio de su jurisdicción, por el tribunal. En primer lugar, las referidas en el **artículo 297**, relativas, a las "limitaciones a la aplicabilidad de la Sección 2 (Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias)"; y, las establecidas en el **artículo 298**, relativas a las "excepciones facultativas a la aplicabilidad de la Sección 2 (Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias)".

i. Limitaciones a la aplicabilidad de la Sección 2

El artículo 297 se refiere a las limitaciones en tres situaciones particulares. En primer lugar, en relación con **el ejercicio por parte de un Estado ribereño de sus derechos soberanos o su jursidicción previstos en la Convención**; en segundo lugar, las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de esta Convención con respecto a las **actividades de investigación científica marina** se resolverán de conformidad con la sección 2 y, en tercer lugar, las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a las **pesquerías** que se resolverán de acuerdo con la Sección 2, en los casos y con las salvedades a que se refiere el artículo 297.

ii. Excepciones facultativas a la aplicabilidad de la sección 2

De acuerdo con el artículo 298 de la Convención un Estado al hacerse parte de ella pueden declarar no aceptar uno de los procedimeintos a que se refiere la Sección 2; pero, solamente en relación con las controversias a que se refiere dicho artículo. En primer lugar, las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 relativos a la delimitación de las zonas marítimas o las relativas a las bahías o títulos históricos.

También podrá un Estado, al constituise en parte de la Convención, declarar quer no acepta la aplicación de la Sección 2 cuando se trata de controversias relativas a las "controversias relativas a actividades militares, incluidas lasactividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales, y las controversias relativas a actividadesencaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio delos derechos soberanos o de la jurisdicción excluidas de la competenciade una corte o un tribunal con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del artículo 297 " y las controversias "respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las
Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta de lasNaciones Unidas, a menos que el Consejo de Seguridad decida retirar elasunto de su orden del día o pida a las partes que lo

solucionen por losmedios previstos en esta Convención" en las condiciones que se establece en ese artículo.

d. Las decisiones del Tribunal

Las Decisiones o sentencias del tribunal son **definitvas y obligatorias**en relación con las partes en la controversia, al igual que las decisiones adoptadas, por lo general, por órganos jurisdiccionales internacionales. Las Decisiones del Tribunal y de la Sala, sin embargo, pueden ser objeto de **interpretación** sí una de las partes lo solicita y si el Tribunal lo acepta.

e. Las Declaraciones y Opiniones Individuales o Disidentesde los jueces

Los jueces pueden adjuntar a las Deciones y opiniones del Tribunal y también de sus Salas, Declaraciones y Opiniones Individuales o Disidentes.

De acuerdo con el Reglamento del Tribunal, los jueces pueden coincidir plenamente con la decision del tribunal pero podrían presentar sus razonamientos o los fundamentos en los cuales se basan para apoyarla. Incluso, subrayar la importancia de lo decidido. En el Caso de la *Fábrica MOX*, por ejemplo,los jueces Caminos, Yamamoto, Park, Akl, Marsit, Eriksson y Jesus, adjuntaron una Declaración en la que fundamentan su posición y subrayaban la importancia de la misma o de alguna de sus aspectos. Los jueces expresan que "la solicitud que se hace a las partes para cooperar es muy importante". Y, que "la obligación de cooperar como principio fudamental para el régimen de prevención de la contaminación del medio marino definido en la Parte XII de la Convención y en el Derecho Internacional general. La medida mas eficaz que habría podido adoptar el tribunal era aquella que consistía en exigir a las partes que cooperaran sin demora. Los resultados de las consultas prescritas llevarán a la comprensión común de las medidas que deben adoptarse

a propósito de la fábrica, para impedir que el medio marino no sufra daños.520

f. Derecho aplicable

Una corte o un tribunal competentes según la sección 2 de la Parte XV de la Convención, aplicará la **Convención y las normas de Derecho Internacional que no sean incompatibles con ella,** como lo establece el artículo 293-1 de la Convención, aunque puede decidir en base a la equidad "si las partes convienen en ello". Además, vale notar que la Convención, en relación con la solución de conflictos relativos a la atribuciónde derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva, determina que esos conflictos "deberían ser resueltos sobre una base de equidad a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los interses de las partes" tal como lo establece el artículo 53 de la Convención.

El órgano encargado de la solución de la controversia conocerá también el **Acuerdo para la Implementación de la Parte XI de la Convención**, adoptado el 28 de julio de 1994 cuyas disposiciones y los nueve Anexos deberán ser interpretados y aplicados como un sólo instrumento, junto a la Parte XI de la Convención. El Acuerdo, que prevalece, al momento de su interpretación, está abierto a la participación, claro está, de los Estados Partes en la Convención. Y, además, se considerará el **Acuerdo para la Implementación de las disposiciones de la CNUDM relativas a la conservación y la administración de las reservas de peces cuyo despalzamiento se efectúa en el interior y mas allá de la zona económica exclusiva y las reservas de peces migratorios grandes, del 4 de agosto de 1995.**

g. Procedimientos incidentales

Durante el procedimiento pueden presentarse incidencias (Art.89 y siguientes del Reglamento) que el tribunal debe resolver

520 Declaración colectiva de los jueces citados, adjunta a la Ordenanza del 3 de diciembre de 2001.

antes de abordar y decidir el fondo de la cuestión. Al igual que en el contexto de la CIJ, estas cuestiones se resuelven en el marco de un procedimiento contradictorio y en base a una Decisión del órgano.

Un Estado puede plantear **excepciones preliminares** relacionadas con la **competencia o con la admisibilidad** de la cuestión, al igual que en el contexto de la Corte de La Haya. Si la controversia no se plantea de mutuo acuerdo, es decir, si se somete en forma unilateral y si la otra parte cuestiona la competencia del tribunal o la admisibilidad de la controversia, la Corte debe tomar una decisión al respecto, antes de considerar el fondo, en base a un proceso contradicorio, en un plazo inferior a los noventa dias pasados después de la presentación de la demanda, regulado todo ello en el artículo 97 del Reglamento del Tribunal.

Por otra parte, el Tribunal o cualquiera de sus Salas pueden acordar **medidas provisionales** "para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva", como lo prescribe el artículo 290-5 de la Convención.

Estas medidas pueden ser solicitadas en cualquier momento del procedimiento ante el tribunal; o en espera de la constitución de un tribunal arbitral, también "en cualquier momento, si las partes lo convienen o en cualquier momento después del plazo de dos semanas a contar de la notificación a la parte adversa de una solicitud de prescripción de medidas provisionales, si las partes no convienen en someter la cuestión a otra corte o a otro tribunal" (Art. 89 del Reglamento).

El Tribunal puede indicar o decretar estas medidas si cree que el órgano que habría de constituirse es **competente** ***prima facie***para conocer la cuestión de que se trate y si la **urgencia** así lo requiere. El artículo 290-5 establece, en concreto, que "... el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, conrespecto a las actividades en la zona, la Sala de Controversias de losFondos Marinos,**podrá decretar,**

modificar o revocar medidas provisionalesconforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que eltribunal que haya de constituirse sería competente y que la **urgencia** de lasituación así lo requiere". (negrillas nuestras)

El Tribunal, como lo dijo en el Caso del *Navío Louise* no está obligado, antes de decretar las medidas provisionales solicitadas por una de las partes en la controversia, a asegurarse de manera definitiva que es competente en cuanto al fondo del asunto, pero debe considerar que *prima facie* las disposiciones invocadas por el solicitante constituyen una base sobre la cual pueda fundamentar su competencia.521

En el Caso de la Fábrica *MOX* la parte demandante, Irlanda, solicitó el 9 de noviembre de 2001 la aplicación de medidas provisionales en espera de la constitución del tribunal arbitral que debía establecerse de conformidad con el Anexo VII de la Convención, solicitado por Irlanda el 25 de octubre de ese mismo año. El Tribunal, en base al citado artículo 290-5 de la Convención decretó medidas provisionales, mientras se constituía el Tribunal Arbitral.Decretó entonces el Tribunal que las partes "debían cooperar y a este fin proceder sin retardo a consultas con el objeto de: a) Intercambiar información suplementaria relaionada con las consecuencias posibles, para el mar de Irlanda, de la puesta en marcha de la fábrica MOX. b) Vigilar los riesgos o los efectos que podrían derivarse o resultar, para el Mar de Irlanda, operaciones de la fábrica; c) adoptar, en todo caso, medidas para prevenir la contaminación del medio marino que puedan resultar de las operaciones de la fábrica.

Es los Asuntos del *Atún azul* en los que Australia y Nueva Zelandia hacían causa común contra Japón, las partes solicitaron también la aplicación de medidas provisionales, en espera de que se constituyese un tribunal arbitral de acuerdo con el Anexo VII de la Convención.

---

521 Providencia del 23 de diciembre de 2010, pp: 15-16, pár. 69. Ver antes Providencia del 11 de marzo de 1998, TIDM, Rec. 1998, p.24-37, pár. 29.

Tal como se señaló antes, Argentina solicitó al Tribunal, el 14 de noviembre de 2012, que acordara medidas precautelares o conservatorias. Argentina afirma que la Fragata ARA Libertad ha sido inmobilizada ilegalmente por las autoridades de Ghana el 2 de octubre de 2012, en el puerto de Tema. Argentina subraya que el navío es un navío de guerra, emblema de la Armada argentina y que goza de inmunidad de jusrisdicción, sobren todo había sido invitada oficalmente por el gobierno de Ghana a permanecer en su territorio. Para Argentina, la Fragata fue inmobilizada en ejecución de una Decisión de un tribunal de ese país, adoptada en violación del Derecho Internacional, en particular, en violación de las inmuniaddes de las que se benefician los navíos de guerra. En concreto, Argentina solicita que "Ghana autorice sin condición a la Fragata ARA Libertad (...) a dejar el puerto de Tema y las aguas que relevan de la jurisdicción de Ghana..."

El artículo 290-5 de la Convención faculta a cualquier Estado que haya recurrido al arbitraje previsto en el Anexo VII, a solicitar medidas precautelares.

El Tribunal fijó las audiencias para finales de noviembre de ese año y decidió que y dictó mediante Providencia del 15 de diciembre de 2013, medidas cautelares o provsionales....

Por otra parte, la **adopción de medidas provisionales por el tribunal no afecta las cuestiones de fondo, ni lo relativo a la competencia o admisibilidad de una demanda** como lo dijo el mismo Tribunal en el Caso del *Navío Louise,* cuando afirmó que la adopción de medidas provisonales "no prejuzgaba la cuestión de la competencia del tribunal para conocer el fondo de la cuestión, ni nunguna cuestión relativa a la admibilidad de la demanda o del fondo mismo y deja intactos los derechos de San Vicente y Granadinas y España de hacer valer sus medios en estas materias"522 tomando en

522 Providencia del 23 de diciembre de 2010, p.17, pár. 80.

cuenta lo expresado por la Corte de La Haya en el Caso relativos a las *Cuestiones relacionadas con la obligación de procesar o de extraditar*523.

El Tribunal puede **negarse a decretar medidas provisionales**, como en el Caso del *Navío Louise*, ya referido, en el que consideró, al examinar la solicitud de San Vicente y Granadinas, que "no había un riesgo real e inminente de que un perjuicio irreparable a los derechos de las las partes en la controversia esté en causa, para justificar la prescripción de medidas provisionales, en este caso, las solcitadas por San Vicente y las Granadinas"524 lo que reflejó en la Decisión adoptada entonces: "Las circunstancias, tal como se presentanron al tribunal, no son de la naturaleza para exigir el ejercicio del poder de decretar medidas precautelares...."

De la misma manera que en el contexto de la CIJ, **un Estado puede solicitar intervenir en un proceso en el cual demuestre tenerinterés jurídicoo ser afectado jurídicamente por una Decisión del Tribunal** el cual decidirá y considerará si las condiciones exigidas pueden permitir la participación de ese tercer Estado, como parte en el proceso.

El artículo 99-2 del Reglamento expresa que la parte solicitante debe precisar su interés jurídico y el objeto igualmente preciso de su intervención que como vimos en el contexto de la CIJ puede no coincidir con todos los aspectos de la controversia planteada, es decir, un Estado puede solicitar intervenir en relación con aspectos limitados ed la controversia.

En el supuesto de que el Estado sea autorizado a participar como parte en el proceso, es decir, que ejerza el derecho de intervenir en el mismo, si las condiciones se han dado, la Decisión que adopte el tribunal será igualmente vinculante y definitiva para ese Estado, en lo que se relaciona con las cuestiones en las que haya intervenido, como lo prevé el artículo 31 del Estatuto del tribunal.

---

523 CIJ, Rec. 2009, pár.74.
524 Providencia del 23 de diciembre de 2010, p. 16, pár.72.

En la Convención se prevé quela intervención en los casos de interpretación o de aplicación de la Convención o de un acuerdo internacional. Los Estados partes tienen **derecho** a intervenir en las actuaciones, como lo expresa el artículo 32 del Estatuto; pero, "si ejercen ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para ellos".

Un Estado puede también **desistir** de una demanda, como lo prevé los artículos 105 y 106 del Reglamento, si han llegado a un acuerdo sobre la controversia planteada. Las partes pueden comunicarle tal decisión al Tribunal que adoptará una Providencia para confirmar el desistimiento. Inmediatamente el Secretario procederá a excluir el Caso de la Lista (*radiation du role*).

También un Estado puede hacer tal declaración al Tribunal en forma unilateral y si no hay oposición de parte del demandado, el Tribunal tomaría la decisión y lo ordenaría excluir de la Lista de Casos. El demandado puede oponerse, como lo prevé el artículo 106; en ese caso el proceso continúa.

Finalmente, el Estado demandado puede introducir una **demanda reconvencional**, al presentar su Contra memoria, si está en conexión directa con el objeto de la parte adversa y si puede ser objeto de la competencia del Tribunal, sobre lo cual deberá decidir el tribunal, de acuerdo con el artículo 98 del Regalemnto.

3.La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

La **Sala de los Fondos Marinos** es instituida por el Tribunal de conformidad con el artículo 185 y siguientes de la Convención. Por su parte, el artículo 14 del Estatuto del Tribunal precisa que "se constituirá una Sala de Controversias de los Fondos Marinos conforme a lo dispuesto en la Sección 4 del Anexo". Sin embargo, como ella misma lo dijera hace poco, se trata de un órgano judicial distinto al tribunal y por su competencia contenciosa y consultiva, tiene como labor exclusiva **interpretar la Parte XI de la Convención y**

los Anexos y las reglas pertinentes que constituyen el fundamento jurídico de la organización y de la gestión de las actividades llevadas a cabo en la Zona*525***.**

El papel de la Sala, descrito en la Parte XI de la Convención, es contribuir con la buena gobernabilidad o *governance* de la Zona. Tal como lo dijo el Secretrio General durante el examen del Asunto citado de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona* "la Sala tiene una alta responsabilidad que consiste en asegurar que las disposiciones de la Convención que figuran en la Parte XI y en el Acuerdo de 1994, asi como el régimen general de extracción minera en los grandes fondos marinos sean correctamente interpretados y aplicados"526.

a. Composición de la Sala

De acuerdo con el artículo 35-1 del Estatuto del Tribunal, la Sala de los Fondos Marinos se compone de 11 jueces escogidos por el tribunal, entre sus miembros, con un mandato de tres años, renovable una sola vez; y, siempre en consideración del principio de la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y de la distribución geográfica equitativa.

Debe subrayarse que la Sala puede continuar conociendo un asunto, aunque haya concluido el período para el cual fue creda. El artículo 35-5 del Estatuto dice textualmente que:

> "Si al concluir un período de tres años para el cual haya sido seleccionada la Sala quedaren aún actuaciones pendientes, la Sala las terminará con su composición inicial".

La Sala contará con una Sala *ad hoc* para conocer las controversias que le puedan ser planteadas de conformidad con el

525Asunto relativo a las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona*, pár 25 de la Opinión Consultiva del 11 de febrero de 2011.
526 Doc. ITLOS/PV.2010/1, p. 8, lignes 28 à 30.

artículo 188-1-a que a su vez remite al artículo 187-1 de la Convención. Las partes en una controversia de esa naturaleza podrán someterla de mutuo acuerdo "a una Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que se constituiráde conformidad con los artículos 15 y 17 del Anexo VI; o Cuando lo solicite cualquiera de las partes en la controversia,a una sala *ad hoc* de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, quese constituirá de conformidad con el artículo 36 del Anexo VI".

b) Competencia de la Sala

La Sala ejercerá sus competencias de conformidad con lo previsto en la Sección 5 de la Parte XI de la Convención V y el Anexo VI. La Sala, como lo expresa claramente el artículo 187 de la Convención, tendrá competencia para conocer **determinadas categorías de controversias** con respecto de las actividades en la Zona entre Estados Partes, por la interpretación y la aplicación de la Parte XI y otras controversias entre Estados Partes y la Autoridad que son seis: controversias en relación con actos u omisiones de la Autoridad; controversias que puedan surgir entre partes contratantes en las que sean partes Estados, la Autoridad o la Empresa, empresas estadales y personas naturales o jurídicas. Las disposiciones relativas a las controversias que se plantean en la Zona, es decir, en relación con las actividades relativas a la exploración y al aprovechamiento de los recursos minerales que se desarrollan en la misma, se inspiran en gran medida no tanto en las aplicadas por la Corte de La Haya, si no por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

La competencia de la Sala es siempre obligatoria y es ejercida por la Sala de Fondos Marinos; aunque las partes pueden remitir la cuestión a una Sala Especial de la misma Sala o del Tribunal o a un Tribunal comercial, según lo expresa el artículo 188 de la Convención.

Una **limitación expresa** se contempla en la Convención, a la competencia de la Sala. En efecto, según el artículo 189 de la Convención, la Sala **no tendrá competencia respecto del ejercicio por**

la Autoridad, de sus facultades discrecionales de conformidad con la Parte XI, relativa a la Zona.

El acceso a la Sala está dterminado en el artículo 27 del Estatuto del Tribunal que remite a la Parte XI, Sección 5 de la Convención. Pueden consituirse en parte en una controversia ante la Sala un Estado Parte, la Autoridad, la Empresa, empresas estatales y personas jurídicas o naturales, tal como lo contempla el artículo 153-2 de la Convención.

c. Derecho aplicable

Una corte o un tribunal competentes según la sección 2 de la Parte XV de la Convención, aplicará, como vimos antes, la Convención y las normas de Derecho Internacional que no sean incompatibles con ella, como lo establece el artículo 293-1 de la Convención, aunque puede decidir en base a la equidad "si las partes convienen en ello". La Sala, en particular aplicará, además, las normas, reglamentos y procedimientos de la autoridad y las cláusulas de los contratos concernientes a las actividades de la Zona, tal como lo prevé el artículo 38 del Estatuto del Tribunal.

d. La competencia consultiva

La Sala de Solución de Controvesias para los Fondos Marinos tiene también una **competencia consultiva**, de acuerdo con las normas estatutarias y del Reglamento en cuyo artículo 138-1 se establece que "el Tribunal puede emitir una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica en la medida en que un acuerdo internacional, relacionado con los fines de la Convención, prevea expresamente que la solicitud de una opinión sea sometida al tribunal."

Las solicitudes de Opinión Consultiva deben ser formuladas **por un órgano competente**: el **Consejo** o la **Asamblea** de la Autoridad, lo que debe constatar la Sala como lo hizo en la citada Opinión Consultiva del 1 de febrero de 2011, que considera válida la solicitud del Consejo formulada mediante decisión adoptada por consenso, es decir, por unanimidad sin objeciones formales. (Párs: 35 y 36).

En efecto, el 10 de mayo de 2010, el Consejo de Administración de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos adoptó una decisión, mediante la cual solicita a la Sala de los Fondos Marinos, una Opinión Consultiva, de conformidad con el artículo 191 de la Convención y el artículo 131 del Reglamento del Tribunal. Se plantearon entonces las siguientes preguntas:

> "1. Cuales son las responsabilidades y las obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención que dirigen actividades en la Zona en aplicación de la Convención, en particular, de la Parte XI y del Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la CNUDM de 1982?
> 2. En que medida la responsabiliad de un Estado parte estaría comprometida en razón de el incumplimiento de las disposiciones de la Convención en particular, de la parte XI y del Acuerdo de 1994 de parte de una entidad que ha aptronee en virtud del artículo 153, parágrafo 2 b) de la Convención?
> 3. Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado que patronne la solicitud debe tomar para cumplir con sus responsabilidades que le incumben en aplicación de la Convención, en particular, del artículo 139 y del Anexo III, así como del Acuerdo de 1994?

Debe tratarse, además, de **una cuestión jurídica**, lo que el Tribunal consideró también en el mismo Asunto de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona* sobre lo que concluye diciendo que "las tres preguntas formuladas se refieren a la interpretación y la aplicación de la Convención y plantean cuestiones de Derecho Internacional general" (pp: 38-39).

Finalmente, el Tribunal debe constatar que **las cuestiones jurídicas planteadas se ubican dentro de la esfera de las actividades del órgano**. En el mismo Asunto, el Tribunal examinó la Convención, en cuya Parte XI, Sección 4 de la Convención, en particluar el artículo 162, que conjuntamente con el Acuerdo de 1994, se definen las competencias del Consejo y concluye que "las cuestiones jurídicas que le han sido sometidas se ubican en las actividades del Consejo por el hecho de que se relacionan con los poderes y las funciones del Consejo, comprenida su facultad para aprobar planes de trabajo" (Pár. 44).

La Sala debía, ante todo, decidir sobre su competencia y la admisibilidad de la cuestión planteada y examinó las tres condiciones que se exigen para que pueda conocer y pronunciarse sobre una solicitud de Opinión Consultiva, a lo cual se hizo referencia antes. Distintamente a lo que se plantea en el marco de la CIJ, que tiene una facultad discrecional que le confiere el artículo 65-1 de su Estatuto para conocer una solicitud de Opinión Consultiva, la Sala de los Fondos Marinos, una vez establecida su competencia "no tiene el poder discrecional para rechazarla"527.

i.Elprocedimeinto consultivo

El Tribunal aplica, además de las reglas específicas recogidas en el artículo 40-2 del Estatuto y en la Secció H del Reglamento, en particular el artículo 130, las reglas procesales que se aplican al procedimiento contencioso, como lo señala el artículo 138 del Reglamento.

Una vez recibida la solictud, el *Greffier* del Tribunal notifica a todos los Estados Partes sobre dicha solictud, de acuerdo con el artículo 133-1 del Reglamento528. Igualmente, la solictud debe ser transmitida para su información al Secretario General de las Nacions Unidas, en virtud del artículo 4 vdel Acuerdo de Cooperación suscrito entre ambas instituciones, el 18 de diciembre de 1997.

Las Opiniones Consultivas deben ser emitidas lo mas rápidamente posible, como lo establece el artículo 191 de la Convención. El **carácter urgente**de tal tratamiento es reafirmado en el artículo 132 del Reglamento que dice que la Sala deberá tomar todas las medidas útiles para acelerar el proceso.

527 Opinión en el Asunto de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona*, del 1 de febrero de 2011, pár. 47.

528 El artículo 33-1 dice que « El Greffier notificará inmediatamente la solicitud de una Opinión Consultiva a todos los Estados Partes."

Los Estados partes y otras entidades pueden participar en el proceso en calidad de *amici curiae*, como fue el caso de la solicitud formulada por *Greenpeace International* y el Fondo Mundial para la Naturaleza que solicitaron tal participación, en el Asunto de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona*[529], lo que no fue aceptado por el tribunal.[530]

También el contexto de las Opiniones Consultivas los jueces pueden emitir **declaraciones individuales o disidentes**, como lo expresa el artículo 135-3 del Reglamento.También puede, según ese mismo artículo, hacer constar mdiante declaración, su acuerdo o su desacuerdo, sin dar los motivos.

4. El arbitraje en el marco del Anexo VII

Un Estado Parte en la Convención puede escoger el arbitraje como medio de solución de controversias, de conformidad con el artículo 287-1-c de la Convención y el Anexo VII de la misma. De acuerdo con el artículo 1 de dicho Anexo, una parte puede unilateralmente someter al arbitraje. El Estado inicia el procedimiento mediante una notificación, en la cual presenta "una exposición de las pretensiones y de los motivos en que éstas se fundan."

El Tribunal funcionará en base a las reglas contenidas en el Anexo VI que deja a las partes una influencia importante en el proceso. Las reglas se aplicarán también, *mutatis mutandis*, a los procedimientos en que participe una entidad distinta a un Estado.

El tribunal estará constituido, si las partes no acuerdan otra cosa, de la manera en que se presenta en el artículo 3 de dicho Anexo.

El Tribunal adoptará sus **decisiones** por mayoría, sin que la ausencia o la asbtención de menos de la mitad de sus miembros pueda afectar la validez de dicha decisión. El laudo que produce el

529 Opinión Consultiva del 1 de febrero de 2011, pár.13
530 Idem, pár. 14.

tribunal será **definitivo e inapelable** a menos que las partes en la controversia hayan convenido en la posibilidad de una **apelación,** según el artículo 11 del Anexo VII. El laudo podrá ser objeto de **interpretación** por el mismo Tribunal arbitral si las partes asi lo acuerdan o por otro de los órganos a que se refiere el artículo 287 "con el acuerdo de todas las partes en la controversia".

Un Estado puede **no comparecer** en el proceso arbitral, lo que no afecta el procedimiento, como vimos antes. Desde luego, el tribunal, antes de dictar su laudo, en estos casos, "deberá asegurarseno sólo de que es competente en la controversia, sino también de que lapretensión está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho" como se precisa en el artículo 9 del mismo Anexo.

5. El arbitraje en el marco del Anexo VIII

El artículo 287 de la Convención prevé también, para que conozca determinadas controversias, la constitución de un tribunal arbitral especial. Estas controversias se refieren a la interpretación y la aplicación de los artículos de la Convención relativos a: 1) pesquerías, 2) protección y preservación delmedio marino, 3) investigación científica marina y 4) navegación, incluidala contaminación causada por buques y por vertimiento, como lo indica el artículo 1 (incoación del procedimiento) del Anexo VIII de la Convención que regula el funcionamiento de este tribunal.

Al igual que en el procedimiento arbitral a que se refiere el Anexo VII, las partes pueden ejecer una influencia importante en el proceso y en el funcionamiento del Tribunal Especial, aunque las reglas generales aplicables alTribunal que se cree en virtud del Anexo VII son aplicables *mutatis mutandis* al tribunal especial.

Distintamente, sin embargo, en el marco de este procedimiento las partes pueden recurrir, de mutuo acuerdo, se puede pedir al tribunal que realice una investigación y determine los hechos que hayan originado la controversia, como lo dice el artículo 5 del Anexo VIII. Si las partes lo solicitan, el tribunal podrá hacer recomendaciones dentro de este mecanismo que "sin tener fuerza decisoria (...) sirvan

de base para que las partes examinen las cuestiones que hayan dado origen a la controversia".

6. La Sala de procedimiento sumario y las Salas Especiales

El Tribunal constituirá anualmente una **Sala de procedimiento sumario** "para conocer el pronto despacho de los asuntos" (Art.15-3 del Estatuto). Y, para conocer determinada categoría de controversias, el Tribunal podrá también crear a solicitud de las partes en una controveria, **Salas Especiales**, las que veremos enseguida.

La Sala de Procedimiento Sumario se constituye en base al artículo 15-3 del Estatuto que dice que "para facilitar el pronto despacho de los asuntos, el Tribunal constituirá anualmente una sala de cinco de sus miembros elegidos que podrá oír y fallar controversias en procedimiento sumario. Se designarán dos miembros suplentes para reemplazar a los que no pudieren actuar en un asunto determinado".

El Reglamento fija las normas de procedimeinto principalmente, en sus artículos 28 y siguientes. Esta Sala está integrada por el Presidente y el Vicepresidente y otros tres Mimebros o jueces, escogidos, asi como los jueces suplentes, por el Tribunal, a recomendación del Presidente. Los Miembros de la Sala duran un año en sus funciones.

Las partes en la controversia *Louise,* que opuso a San Vicente y Granadidas y España, el demandante mediante Nota del 24 de noviembre de 2010, solicitó al Tribunal que en virtud del artículo 15-3 citado, la cuestión fuera remitida a la Sala de Procedimiento Sumario, sobre lo cual fue solicitada a España si aceptaba el envío a la Sala.

Por otra parte, en base al citado artículo 15 del Estatuto el Tribunal ha creado varias **Salas Especiales**: la **Sala para lasolución de controversias relativas a la pesca**, la **Sala de solución de controversias relativas al medio marino** y la **Sala de solución re controversias relativas a la delimitación marítima**. Igualmente, se ha creado una **Sala Especial para conocer el**

Las partes pueden solicitar, de acuerdo con el artículo 15-1, la creación de una Sala para un asuntos específico o para conocer "determinadas controversias"como sería el **Asunto relativo a la conservación y a la explotación duradera de las reservas de *espadon* o pez espada en el suoeste del Oceanos Pacífico** en el que Chile y la Unión Europea asi lo solicitaron.

En virtud de esa misma disposición el Tribunal creó una Sala para conocer controversias relacionadas con la **delimitación marítima,** el primero de ellos, el relativo a la *Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala,* en relación con el cual el Tribunal ejerció su competencia en base a las declaraciones de los dos gobiernos de aceptarlo como medio de solución de controversias en el marco de la Convención, en virtud del artículo 287-1 de la Convención.

En este Caso, Myanmar, el 14 de enero de 2010, había retirado la declaración de aceptación de la competencia del Tribunal del 4 de noviembre de 2009. Bangladesh, por su parte, estimó que el retiro de la declaración de parte de Myanmar "no afectaría de ninguna manera la controversia ni la competencia del Tribunal respecto de este procedimiento", refiriéndose a los párrafos 6 y 7 del artículo 286 y 287 de la Convención que se refieren a la vigencias de las declaraciones y a las no incidencias que tendría un retiro en un procedimiento iniciado. El Tribunal consideró, finalmente, que las declaraciones de aceptación formuladas por los Estados, en relación con su competencia, estaban en vigor al momento en que se introdujo la demanda, el 14 de diciembre de 2009.

Para el Tribunal, mediante las declaraciones hechas en virtud del artículo 287-1 de la Convención, las partes habían aceptado su competencia531; y, concluyó que "...es competente para delimitar la frontera marítima entre las Partes en el mar territorial, en la zona

531 Decisión del 14 de marzo de 2012, pár. 47.

económica exclusiva y en la plataforma continental hasta las 200 millas marinas".532

532 Misma Decisión, pár. 50.

IX. Las controversias administrativas internacionales

En el marco de las organizaciones internacionales, más específicamente, en el ejercicio de la **función pública internacional**, se plantean controversias particulares, relacionadas con el Derecho Interno de las Organizaciones Internacionales, que se pueden calificar de **controversias administrativas internacionales,** es decir, aquellas que surgen por la violación de una norma relacionada con el manejo del Personal de una Organización o de un contrato entre dicha Organización y un funcionario o persona con la que haya establecido una relación contractual, incluso, en relación con una medida disciplinaria, como se plantea expresamente en el contexto del sistema de administración de justicia de las Naciones Unidas.

Más de veinte tribunales administrativos y de sistemas administrativos internacionales, en general, han sido creados a esos fines en diversos organismos internacionales, pluralidad que conduce a la dispersión de esfuerzos y que puede afectar la necesaria uniformidad de la jurisprudencia. La unificación de los sistemas del TAOIT y del Tribunal Administravo de Naciones Unidas, en funcionamiento entonces, fue planteado sin éxito en los años setenta. Contrariamente, como dice Hubert Thierry, el número de jurisdicciones ha aumentado, en vez de disminuir.

En el marco del sistema interamericano, el **Tribunal Administrativo de la OEA,** creado mediante resolución de la Asamblea General AG/Res. 35 (I-O/71), del 22 de abril de 1971, competente para conocer los casos que le presenten miembros del personal de la Organización y de las instituciones regionales autorizada, en los que aleguen incumplimiento de las condiciones establecidas en sus respectivos nombramientos o contratos; o que aleguen también infracciones de las normas generales para el funcionamiento de la Secretaría y demás disposiciones aplicables, inclusive, las relativas al Plan de Jubilaciones y Pensiones de la Secretaría General (Art. 2 del Estatuto). También, entre otros, el

Tribunal Administrativo del Banco Mundial, establecido en 1980, con iguales fines, al que pueden dirigrse los funcionarios de las instituciones que integran el Banco Mundial: El Banco Internacional de Recosntrucción y Fomento, la Agencia Internacional para el Desarrollo y la Corporación Financiera Internacional.

Nos referimos exclusivamente en esta parte, dada su relevancia internacional de alcance universal, al **Tribunal Administrativo de la OIT (TAOIT)** y al **sistema de administración de justicia de las Naciones Unidas** que abarca, además del sistema interno, incluidos medios informales, un tribunal de primera instancia: el **Tribunal Contencioso-Administrativo** y el **Tribunal de Apelaciones.**

Estos tribunales conocen, en general, la **inobservancia de las reglas relacionadas con los nombramientos y las cuestiones relativas al personal,** expresada mediante la formulación de una **decisión administrativa**, es decir, de un acto jurídico administrativo interno. Esa violación o inobservancia del contrato, como bien lo ha dicho el Tribunal Administrativo de la OIT (TAOIT), puede ser por **acción u omisión**; también en forma **explítica** o de manera **implícita**; **escrita u oral**.[533]

La **decisión administrativa,** es decir, el acto administrativo, puede formularse mediante un acto expreso que puede ser a su vez explícito o implícito. Una decisión explícita es una decisión que expresa claramente la intención de la Administración. Implícita, por el contrario, es cuando de ese acto se deduce la intención de la Administración; este acto puede ser ralizado mediante una acción o mediante una omisión o inacción que se expresa mediante el silencio y que, como el acto jurídico en el estricto sentido del término, puede producir también determinados efectos jurídicos.

La **omisión o inacción** de la Administración puede significar el rechazo de una reclamación de parte de un funcionario, lo que significa una decisión administrativa a la que se refiere el Estatuto del

533 Decisiones 50 y 1012.

Tribunal. El artículo VII-3 del Estatuto recoge el criterio del acto administrativo implícito al señalar que "en el caso en que la Administración, a la que se ha presentado una reclamación, no ha tomado una decisión en relación con esa reclamación en un plazo de sesenta dias a partir de la fecha de la notificación que le ha sido hecha, el interesado esté autorizado a recurrir al Tribunal y su demanda será admisibile al igual que una demanda contra una decisión definitiva...."

Por otra parte, la decisión administrativa que se impugna debe causarle un **perjuicio** al funcionario, como lo veremos cuando se examine la admisibilidad de una cuestión, por los tribunales administrativos internacionales.

En todo caso, se trata de la formulación, de cualquier manera, de un acto administrativo que contradiga las normas de la Organización o las establecidas en la relación contractual, en perjuicio de un funcionario o de un miembro del personal de la misma.

Nos referimos en primer lugar, a título preliminar y en forma breve, al **concepto de función pública internacional**, a los **rasgos del Derecho Internacional de las Organizaciones Internacionales, referidos a las funciones administrativas** y a los **principios fundamentales aplicables** (1), para después abordar la estructura y el funcionamiento del **TAOIT** (2), un órgano juridciccional internacional; y del **Sistema de Administración de Justicia de las Naciones Unidas** (3), integrado por los dos Tribunales antes refridos que permiten el recurso de decenas de miles de funcionarios internacionales, para salvaguardar sus derechos, ante actos arbitrarios de parte de la Administración (Organización) que les pudieren perjudicar.

1. Aspectos preliminares: La función pública internacional, el Derecho Administrativo Internacional y los principios fundamentales

La **función pública internacional** que ejercitan los funcionarios internacionales abarca un aparato burocrático integrado por funcionarios de distintas nacionalidades que se desempeña de manera independiente en relación con el Estado del cual son nacionales. La prestación de servicio supone el apego del funcionario a las reglas de la Organización, dejando de lado los intereses del Estado que se pierden al ingresar a esta función. Desde luego, ni la nacionalidad ni el vínculo con el Estado de origen sufren alteraciones por su condición de funcionario internacional. Tampoco, su condición de residente en un pais del cual no es nacional y en donde presta servicios.

Los conceptos "funcionario internacional" y "agente internacional" son dos conceptos diferentes. El primero se refiere a la persona relacionada administrativamente a la Organzación, cualquiera que sea su posición y capacidad de actuación o de representatividad y que en este caso en particular, puede ser víctima de la violación de los derechos que se derivan de las normas de la Organización o del contrato de trabajo que les relaciona. El segundo, definido en el contexto de la responsabiliadd internacional de las organizaciones internacionales, se refiere a la persona que actúa en nombre de la organización y que puede comprometerle en el ámbito del Derecho Administrativo interno, como se puede observar en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre el *Fallo 2867 del TAOIT, por demanda del FIDA,* del 1° de febrero de 2012[534] en la que se constata que el funcionario de que se trata actuaba en nombre de la Organización. Si bien el agente es siempre un funcionario internacional, éste no tiene en todos los casos la capacidad para actuar en nombre de la Organización y comprometerle.

Un cuerpo de normas y de principios se elaboran y se forman en la gestión del personal de las organzaciones internacionales, que conforma el Derecho de las Organizaciones Internacionales y, más especificamente, en este contexto, el **Derecho Administrativo Internacional o de la función pública internacional** que se forma en el seno de cada Organización. Este Derecho se fundamenta en el texto

534 CIJ.Rec.2012, p.28, párs:75 y ss.

constitutivo de la Organización o más ampliamente, en las reglas de la Organización, es decir, en los distintos Reglamentos y Estatutos de orden administrativo, relacionados con la gestión de personal, principalmente. Ese Derecho está integrado, además, por las resoluciones de los órganos relacionados con el funcionamiento de la Organización y las directivas de las Secretarias y de las Oficinas competentes para determinar la situación del personal.

Habría que agregar a esta normativa, como fuentes de ese Derecho, al que puede recurrir el juez para dirimir una controversia, los **nombramientos y los contratos de trabajo**; las **convenciones colectivas**; el **Derecho Nacional**, cuando a él se haga remisión expresa; los **Principios Generales del Derecho**, en particular, los referidos a la función pública internacional, las **normas fundamentales de los derechos humanos aplicables,** la **jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales** y la **práctica** cuando esta no contradiga las reglas, como lo expresa el Tribunales de Apelaciones de Naciones Unidas en un Caso al cual nos referimos más adelante.

En todo caso, el Derecho de la función pública internacional está constituido por un conjunto de normas sustantivas y de procedimiento que regulan la gestión, por las organizaciones internacionales, de su personal y enmarcan los procedimientos a los cuales unos y otros son parte, incluso los procedimientos de solución de controversias.[535]

Las Organizaciones disponen de Estatutos y Reglamentos de Personal, adoptados por sus órganos competentes, en consideración de los cuales deben elaborarse los contratos de trabajos y las modalidades de las relaciones entre la Administración y el personal. Estos textos pueden ser enmendados y no solamente por reformas formales, sino mediante directivas internas, emitidas por los órganos competentes de la Organización.

---

535 GERMOND, L, *Les Principes généraux selon le Tribunal Administratif de l'OIT*, p.15, Pédone, 2009.

La relación entre la Administración y el funcionario está regulada por el **nombramiento** o por el **contrato de trabajo** el cual, como lo dijo la CIJ en su Opinión Consultiva de 1956, debe ser interpretado a la luz del Estatuto y del Reglamento de Personal de la Organización de que se trate[536]. Y, por las convenciones colectivas, cuando existan, como lo ha dicho el Tribunal en varias ocasiones[537], ya que en ellas la Organización asume obligaciones jurídicas que pueden ser invocadas por los miembors del personal en un proceso.

Se descarta la aplicación del **Derecho Nacional** del Estado huésped o de la afectación del funcionario de que se trate, a menos que las partes consideren su aplicación, si así se prevé en las reglas de personal de la Organización o si en el contrato de trabajo e incluso, podría agregarse, en una convención colectiva, se prevé tal remisión.

El Tribunal se ha referido también, al momento de adoptar una decisión, como dijimos antes, a los **Principios Generales del Derecho**, más precisamente, a los principios de la función pública internacional como lo dijera en el Caso *Niering* cuando señaló que "si bien es cierto que la primera tarea del tribunal es asegurar el respeto de los Estatutos y Reglamentos de administrativos en los litigios entre las diversas orgnazaciones y sus funcionarios, resulta de una jurisprudencia constante que las relaciones establecidas en este marco están reguladas, además de las reglas estatutarias o contractuales pertienentes, por un cierto número de principios generales inherentes al derecho de la función pública internacional."[538]

El Tribunal aplicará, ante todo, las reglas estatutarias, los Reglamentos de Personal, los contratos de relación y los colectivos, para luego aplicar otras fuentes, como los Principios Generales del Derecho como por ejemplo, en el Caso *Kissaun,* en cuyo Fallo se consideró el **derecho a ser oido**, inobservado por el órgano interno de la Organización, según el Tribunal, antes de tomar la decisión administrativa que afectó al funcionario. El Tribunal señaló

536CIJ. Rec. 1956, p. 94.
537Caso Decraniere No.2 y *Verlinder* Nos. 1 y 2 (1994)
538 Caso *Niering*, 1118 (1991), pár. 9.

expresamente entonces en los tres primeros considerandos de la Decisión que "..lejos de haber podido defender normalmente sus intereses ante el Director General, el demandante no fue invitado (...) a pronunciarse sobre los documentos depositados (...) incluso si el procedimiento de apelación se habría desarrollado regularmente, la transgresión anterior del derecho a ser oido no habría sido corregido (...) El derecho a ser oido habría sido desconocido (...) La violación del derecho a ser oido, suficiente para anular la decisión atacada...."[539] El Tribunal en sus Fallos ha considerado otros principios generales como el relativo a la garantía de un recurso contencioso, en particular, en su Fallo sobre el Caso *Chadsey* cuando se refirió al "principio según el cual esos agentes tienen, en caso de litigio con su empleador, derecho a la garantía de un recurso contencioso..."[540]

Los Principios Generales del Derecho serían, a pesar de que el Tribunal a hecho referencia a ellos en forma autónoma, fuentes subsidiarias al reconocerle a las reglas de la Organización, preeminencia sobre ellos. En el Caso concreto *Deville et consorts*, examinado por el TAOIT, los funcionarios de la OMS argumentaban que "sus contratos podían ser anulados por que habían violado princpios generales del derecho de los contratos..." al habérseles obligado a firmar los respectivos contratos. El Tribunal consideró entonces que "cuando existe una gran disparidad de fuerzas entre las dos partes en la negociacióbn como es el caso, la ley impone restricciones a la parte mas poderosa. En la función pública internacional (...) cuando el Reglamento de Personal no es suficiente, el Tribunal interviene para reestablecer el equilibrio aplicando los principios generales del derecho de la función pública internacional..."[541] El Tribunal, en ese caso, sin embargo, desestimó la argumentación de los funcionarios y consideró que "ni el Reglamento de Personal de la OMS ni esos principios generales habían sido violados por la Organización.

539 Caso *Kissaun* (1964), pár.2
540 Caso 122 (1968), Considerando sobre la competencia.
541 Párrafo 19 de la Decisión, Caso *Deville et consorts*.

Las **normas relativas a los derechos humanos fundamentales,** incluidos en Declaraciones generales o en Instrumentos específicos sobre la materia, pueden también constituir, como señalamos antes, fuentes del Derecho de la función pública internacional, algunas de ellas de carácter substantivo, otros de importancia procesal. El Tribunal ha reconocido expresamente en varios de sus Fallos el valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; y de otros textos internacionales de derechos humanos, como lo hizo en el Caso *Pilowsky*, ex traductor de la OMPI, en el que se planteaba un asunto relacionado con la nacionalidad del funcionario al momento de ingresar a la Organización. El Tribiunal señaló entonces que "la Organización no puede si no reconocer que "todo individuo tiene derecho a la nacionalidad" y que "nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad" como se dice en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948". Agrega el Tribunal en este mismo Fallo, refiriéndose a otro instrumento de derechos humanos que la OMPI "debía haberse inspirado también en el artículo I de la Convención relativa al estatuto de apátrida, del 28 de setiembre de 1954..."[542]

La **jurisprudencia** de los tribunales administrativos internacionales constituye también una fuente auxiliar a la que el juez puede recurrir al momento de resolver una cuestión. Alguna uniformidad se forma alrededor de la función jurisdiccional administrativa internacional, dispersa como dijimos antes, cuando algunos tribunales consideran en sus decisiones, fallos de otras instancias. Así, el antiguo Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (TANU) se refirió en algunas oportunidades a la jurisprudencia del TAOIT como, por ejemplo, en el Caso *Texeira* (No. 230) en cuyo fallo consideró la decisión del TAOIT en el Caso *Chadsey* (No.122). También lo hace en el Caso *Osman* (No. 197) en cuyo fallo se refiere a dos decisiones del TAOIT: Casos *Stracey*, No. 230 y *Mayer,* No. 245. Por su parte, el TAOIT también se refiere a decisiones del TANU, por ejemplo, en el Caso *Bernard et Coffina*, Caso No. 380.

542 Caso Pilowsky, 848 (1987).

En procesos ante el Tribunal, se han invocado **Convenciones de la OIT**, como en el Caso citado *Deville et consorts*, en cuyo Fallo del 30 de enero de 2002, se hace referencia a la Convención 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994, en su artículo 1-d, aunque el Tribunal lo haya desestimado. En su Fallo el Tribunal señala que "es en vano (...) que los demandantes intentan apoyarse en diversas Convenciones internacionales fuera de contexto. Los demandantes citan la definición dada en la Convención de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial en el sentido que se le da en ese instrumento. Ello puede ser el caso, pero el Tribunal no tiene por que decidir sobre ello. La Convención misma estipula que los Estados que la han ratificado están obligados a acordar ciertas garantías a las personas que son trabajadores a tiempo parcial, como les define y no es útil probar que la misma no es aplicable en este caso."[543]

Veremos enseguida dos de los sistemas administrativos internacionales: El **Tribunal Administrativo de la OIT** y el **Sistema de Administración de Justicia de las Naciones Unidas,** como dijimos, dos sistemas separados, autónomos pero que persiguen el mismo objetivo, la protección de los funcionarios ante los abusos en que pudiere incurrir la Administración, por la realización de un acto administrativo en su contra.

2. El Tribunal Administrativo de la OIT

a. Estructura y funcionamiento

Creado en la época de la Sociedad de Naciones y transferido después de 1946 a la OIT el Tribunal, al decir del Presidente Hubert Thierry, "no es solamente la más antigua de las jurisdicciones administrativas internacionales, sino la más importante entre ellas"[544]. La creación del Tribunal responde a la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores de los actos arbitrarios cometidos en su contra, por la Organización empleadora. Desde luego, no es fácil

543 Párrafo 17 de la Decisión 2097 cit.
544 THIERRY, H, Prefacio a *Les Principes généraux selon le Tribunal administratif de l'OIT*, de Laurent Germond, Pédone, Paris, 2009.

precisar el sentido exacto del término "arbitrario" a que se refiere el Estatuto. Lo dicho por el Tribunal en su Fallo en relación con el Caso *Benze* puede facilitar la interpretación del sentido de ese término. En su Fallo sobre este asunto el Tribunal dice que "pertenece al Presidente de la Oficina, en su calidad de autoridad investida del poder de nombrar (...) de suplir la laguna del texto usando su libertad de apreciación. Sin embargo, esta libertad está limitada a tres cuestiones:... evitar el exceso y el abuso de poder de apreciación, especialmente lo arbitrario y la desigualdad de trato"[545].

El Tribunal está compuesto por siete **jueces** de nacionalidad diferente, lo que no significa la aplicación rígida del principio de la distribución geográfica equitativa, tal como lo precisa el artículo III del Estatuto. Los jueces son nombrados por un período de tres años por la Conferencia Internacional del Trabajo, el órgano de composición más representativo de la Organización. El funcionamiento del Tribunal es asegurado por la Secretaría que cumple funciones administrativas y procesales en relación con las causas examinadas. (Art. 2 del Reglamento).

El TAOIT es **una instancia administrativa** que funciona con base al Estatuto adoptado en 1946 y enmendado en varias ocasiones, siendo la última en 2006; su Anexo, el Reglamento y por cualquier otro texto que adopte el mismo Tribunal y los órganos de la Organización, especialmente, de orden procesal. Tal sería el caso de Memorandos internos que pueden modificar el Reglmento de Personal, como lo reconoció la Corte en su Opinion Consultiva sobre los *Fallos del TAOIT en relación con la Unesco,* de 1956. Para la Corte el Memorando administratyivo del 6 de julio constituía una modificación del Reglamento de Personal que el Director General podía hacer en virtud del mismo Reglamento.

b. La competencia personal y material del Tribunal

545 Decisión 759, del 12 de junio de 1986, pár.

Entre una "Organización Internacional" y sus "funcionarios" o "un miembro de su personal" se pueden plantear, como dijimos, controversias de carácter administrativo que pueden ser resueltas, en primer lugar, a través de los órganos competentes de la Organización y, en segundo lugar, una vez agotados los recursos internos, por el Tribunal que tiene una competencia limitada a los funcionarios de la Organización, a la organización autorizada por la OIT y a las cuestiones jurídicas planteadas en la relación entre esa Organización y el funcionario. El Estatuto se refiere a la OIT y en virtud del Anexo a las organizaciones internacionales consideradas como tales en virtud del Artículo II-5 del Estatuto.

La **competencia personal** se basa en la condición de "funcionario", como lo dice el Estatuto de la OIT; un término que, como bien lo señala la Corte en su Opinión sobre el referido *Fallo 2786 del TAOIT,* puede ser sinónimo de la expresión "miembro del personal", como se le califica en algunas organizaciones internacionales.

En todo caso se define al "funcionario" o "miembro del personal" la persona titular de un compromiso regular de carrera, de duración determinada, temporal o de duración indeterminada. La relación jurídica entre el "funcionario" y la Administración se basa en el contrato de trabajo con la Organización de que se trate. La Corte debe demostrar, para poder admitir y decidir sobre una solicitud de Opinión Consultiva, este vínculo jurídico, como lo hace en su Opinión Consultiva del 1º de febrero de 2012.[546]

Según el artículo II-6 del Estatuto tienen acceso al Tribunal el funcionario, incluso si ya no lo es mas; los sucesores o herederos del mismo y toda persona que pueda justificar derechos que resultan del contrato del funcionario decedido o disposiciones del Estatuto de Personal de los que pueda prevalerse.

546 CIJ.Rec.2012, pp:28 y ss; pár. 78 y ss.

Además de tratarse de un funcionario, de acuerdo con el artículo II del Estatuto, enmendado a tales efectos en 1949, debe tratarse de **organizaciones internacionales que llenen los requisitos exigidos en el Anexo del Estatuto**, lo que ha permitido que las instituciones especializadas, es decir, las organizaciones internacionales vinculadas formalmente al sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales puedan acceder al Tribunal para que se conozcan controversias relacionadas con la inobservancia de un contrato de los funcionarios o de las disposiciones del Estatuto de Personal de esas organizaciones. Para el 2009 unas sesenta organzaciones internacionales habían reconocido la competencia del Tribunal lo que permite el acceso al Tribunal a mas de 46 mil funcionarios.

También los términos "contrato" y "nombramiento" se presentan distintos, como se deriva de la definición que del término "contrato" se hace en el artículo II-3 del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OEA, según el cual se considera funcionarios a "toda persona que se encuentre vinculada a la Organización por un nombramiento, un contrato de trabajo u otra relación de naturaleza laboral basada en disposiciones de las Normas Generales y otros reglamentos administrativos." Sin embargo, el nombramiento reviste un contrato bilateral, cuya elaboración se funda en unintercambio de voluntades, en un acuerdo entre la Organización o Administración y el funcionario. No hay dudas de que los derechos del personal de la Organización son de naturaleza contractual y que las cláusulas del contrato deben ser conformes a los Estatutos y Reglamentos de Personal.

Por otra parte, el TAOIT puede conocer solamente asuntos que le competen materialmente, es decir, la inobservancia, sea de forma o de fondo, de las estipulaciones del contrato o de las disposiciones del Estatuto de Personal, tal como lo precisa el artículo II-5 del Estatuto. En su ya referida Opinión Consultiva sobre el *Fallo 2867*, al igual que en otros Casos, la CIJ aborda meticulosamente lo relativo al contrato entre la funcionario interesado y la Administración.

La **competencia material** está determinada, como se señaló antes, por la "inobservancia de las estipulaciones de un contrato", tal como lo prevé el Estauto en su artículo II-5 y lo ha dicho la Corte en varias ocasiones, en particular, en su Opinión Consultiva de 1956, cuando señala que: "existe un vínculo, un vínculo jurídico entre la renovación y el acuerdo inicial y en consecuencia entre la renovación y la situación jurídica de un funcionario en el momento en que se le renueva o se le rechaza la renovación de su contrato (...) Asi, el demandante, al pretender tener un derecho a la renovación de su contrato, pretendiendo que ese derecho había sido desconocido, se colocó en el terreno de la inobservación del contrato de trabajo."[547] El tribunal debe cerciorarse de su competencia material también para poder conocer y decidir sobre un asunto. En el Asunto de la Decisión 2867 del TAOIT la CIJ concluye que "... la demanda formulada por la señora SG ante el TAOIT para contestar la decisión del Fondo (FIDA) de no renovar su contrato entra en la categoría de las demandas que invocan la inobservancia de las estipulaciones de su contrato de compromiso o de las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del Fondo (...) La Corte considera, en consecuencia, que el Tribunal es competente *ratione materiae* para examinar la demanda..."

c. La admisibilidad de una cuestión y el agotamiento de los recursos internos

El Tribunal admitirá las cuestiones que se planteen, siempre que se den determinadas condiciones. Vimos antes, que debía tratarse de una controversia administrativa, tal como descrita antes, de un funcionario o miembro del personal, vinculado a la Organización de que se trate por un contrato o un vínculo formal de trabajo y que esa Organización haya sido debidamente autorizada para ser parte en un proceso ante el Tribunal.

El demandante debe agotar, además, los **recursos internos** que prevén las reglas de la Organización, antes de recurrir al Tribunal. Tal

547CIJ. Rec. 1956, p. 94.

como lo prevé el artículo VII-1 del Estatuto, una demanda no será admisible si la decisión contestada no es definitiva. El interesado ha debido agotar, en consecuencia, todos los medios puestos a la disposición en el Estatuto de Personal antes de recurrir al Tribunal. El agotamiento de los recursos internos constituye una condición esencial de admisibilidad, como lo ha dicho el Tribunal en diversas ocasiones, aunque como veremos puede tener algunas excepciones, a pesar de que el Estatuto no autoriza expresamente derogación alguna a la regla.

Los "recursos internos" deben ser entendidos en su forma más amplia, es decir, debe abarcar todos los medios disponibles. Ello supone, no solamente los recursos formales que por lo general prevén los Estatutos o Reglamentos de Personal, sino los mecanismos informales, como la mediación o la conciliación o cualquier otra forma amistosa mediante la cual se pueda resolver la controversia.

Se exige para que el recurso sea agotado efectivamente que los órganos internos de que se trate estén **disponibles** y sean **efectivos.** De allí, la consideración de excepciones a la aplicación de la regla. El hecho de que el órgano interno no responda o se niegue a responder o no lo hace en su oportunidad o plazo razonable, puede significar el agotamiento del recurso. Ello puede traducirse en un rechazo implícito que, como dijimos antes, equivale a un acto administrativo en el sentido estricto del término. En el Caso *Wassef*, funcionario de la FAO en misión en Chad, el Tribunal, en su Fallo del 1º de febrero de 1996, considera el rechazo a una solicitud que emanaba del silencio de la Administración. La Organización (FAO) consideraba que no se habían agotado los recursos internos, mientras que el demandante argumentaba que había hecho todo por agotarlo pero que había habido un retardo que respondía, según sus propias expresiones, a una "táctica procesal inmoral".

El Tribiunal dijo en esa oportunidad que "es exacto que el artículo VII-1 del Estatuto impone a todo demandante, antes de recurrir al Tribunal, no solamente plantear un recurso interno, sino esperar que el mismo decida. No se trata –agrega el Tribunal- de una

regla absoluta, a pesar de que el Estatuto no autoriza expresamente ninguna derogación. Cuando un demandante hace todo lo posible por obtener una decisión y que a pesar de ello, el órgano del recurso interno muestra por declaraciones o por comportamientos que no se pronunciará en un plazo razonable, la justicia exige la derogación de esa regla..."[548] El demandante recurrió al Tribunal un año después de haber solicitado, sin éxito, el reexamen de la decisión en cuestión. El Tribunal consideró "inútil el retardo" en el proceso y concluye que "el demadante hizo todo lo que podía hacer para agotar el recurso interno (...) y que era claro que el procedimiento interno no podía terminar en un plazo que el Tribunal podía considerar como razonable, en vista de tales circunstcnias."

Por otra parte, el recurso debe ser **dirigido a los órganos competentes de la Organización**, como bien lo señaló el Tribiunal en su Fallo del 10 de diciembre de 1987 en el Caso *Misschung* (840) en el que desestimó el argumento del demandante, al considerar que el recurso no había sido dirigido al Director General de la Organización de que se trataba (La Organización Europea para las investigaciones astronómicas en el hemisferio austral, ESO). Dice el Tribunal en concreto que "el argumento no podía ser retenido por cuanto la redacción del Estatuto de la ESO muestra sin duda alguna que todo recurso en contra de una decisión adoptada en nombre de la ESO debe ser dirigida a la Organización, que es la única competente para conocer el recurso."[549]

El Tribunal no puede conocer **demandas tardías,** como lo ha dicho en varias ocasiones[550] pero excepcionalmente lo puede hacer cuando el demandante ha estado impedido por fuerza mayor, de conocer la decisión del litigio en el tiempo requerido o cuando la organización, induciéndolo a un error o escondiéndole documentos, le

548 Decisión sobre el Caso *Waffer (*1º de febrero de 1996), pár.11 y Decisiones 408 (García y Márquez) y 451 (Dobosch).
549 Considerando 2 de la Decisión del 10 de dicembre de 1987.
550 Decisiones 602, 1106, 1466 et 2463,

ha privado de la posibilidad de ejercer su derecho de recurso, en violación del principio de la buena fe[551].

d. El procedimiento ante el Tribunal

La persona afectada o supuestamente afectada por una decisión administrativa, sea expresa o no, escrita u oral, como dijimos antes, puede plantear una cuestión al Tribunal **dentro de los 90 dias a partir de la fecha notificación** de dicho acto o si se trata de una decisión que afecta a una categoría de funcionarios, del momento de la publicación del acto, como lo señala el artículo VII- 2 del Estatuto. Por otra parte, en el caso en que la Administración no haya tomado ninguna decisión sobre la reclamación, en un plazo de sesenta dias a partir de la notificación que se le hizo, el interesado, es decir, el funcionario afectado, puede recurrir al Tribunal y su demanda será admitida al igual que una demanda interpuesta en contra de una decisión definitiva. (Art. VII-3) del Estatuto).

El procedimiento ante el Tribunal se inicia con el **depósito de la demanda** ante la Secretaría del Tribunal; esa fecha será la tomada en cuenta para la consideración de los lapsos a que se hizo referencia antes, establecidos en el Estauto. Al formulario de demanda que debe presentar el demandante, conforme al Anexo del Reglamento, se presenta una Memoria en la que se exponen los hechos del caso.

El Tribunal examina la demanda y si considera que es inadmisbile o desprovista de fundamento, a través de la Secretaría, envía la información correspondiente a la Secretaría de la organización de que se trate. Si no la considera "manifiestamente inadmisible", el Tribunal procede a instruirla de acuerdo con el procedimiento contenido en los artículos 8 y siguientes del Reglamento, como lo prevé se artículo 7.

551 Decisión 2722, del 9 de julio de 2008, Considerando 3.

En los treinta dias siguientes a la notificación, la organización demandada debe **responder la demanda** introducida por el funcionario. Esta respuesta es, si el Tribunal considera que llena los requisitos exigidos en el Reglamento, se le transmite al demandante quien podrá solicitar una Réplica. Si no hay réplica, se considera que la parte escrita del proceso ha terminado. En cambio, si el demandante produce una réplica, la organización tiene derecho, es decir, tiene la facultad, de presentar una Dúplica. De no hacerlo, se considerará también, como en el caso de la réplica, que el procedimiento escrito ha terminado. Puede haber piezas escritas adicionales si una de las partes lo solicita o de oficio.

Admitida la demanda, la cuestión se inscribe en la lista de casos (Role) del Tribunal lo cual es informado a las partes, al igual que las fechas de las sesiones correspondientes.

e. El carácter obligatorio y definitivo de los Fallos del Tribunal y la posibilidad de su reforma mediante Opinión Consultiva de la OIT

Los Fallos del Tribunal son adoptadas por mayoría; obligatorios y son definitivos. No tienen recurso de apelación, salvo la modalidad de la reforma por la via de la Opinión Consultiva de la CIJ, en determinadas circunstancias, de conformidad con el Estatuto y su Anexo y desde luego, conforme a las reglas que regulan el funcionamiento de la Corte: la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto anexo y el Reglamento, lo que debilita el carácter de definitivas que se le otorga en las normas estatutarias del Tribunal.

Este **procedimiento consultivo** tiene características muy particulares que bajo esa apariencia constituye un verdadero procedimiento jurisdiccional. Una **doble competencia** se requiere en este contexto: la general, autorizada por los artículos 96 de la Carta y 65 y siguientes del Estatuto de la CIJ que permite el acceso por la via consultiva a órganos internacionales; y, la particular, que se refiere a la reforma de los Fallos del Tribunal, autorizados expresamente por disposiciones estatutarias y reglamentarias, prevista en el Anexo del

Estatuto del Tribunal, en su artículo XII-1, que abre la posibilidad de que los órganos ejecutivos de otras organizaciones internacionales puedan acceder al Tribunal, al hacer la declaración prevista en el artículo II-5 del mismo texto en el que se prescribe que el Tribunal "podrá conocer la invocación de una inobservancia (...) de las estipulaciones del contrato (...) o de disposiciones del Estatuto de Personal de otras organizaciones..." para lo cual tendrían que dirigir al Director General de la OIT "una declaración por la que reconocen (...) la competencia del Tribunal..."

Los Fallos del TAOIT, como dijimos, son definitivos execepto cuando se trata de la posibilidad de su reforma por la vía consultiva ante la CIJ, lo que pareciera una contradicción. La CIJ recuerda a este respecto, en su Opinión Consultiva de enero de 2012 sobre el *Fallo 2867 del TAOIT,* que a pesar de lo expuesto en el artículo VI del Estatuto "...los párrafos primeros de los artículos XII del Estatuto y del Anexo autorizan respectivamente a la OIT y a las organizaciones internacionales que hayan hecho la declaración de aceptación de la competencia del TAOIT a contestar la decisión según las modalidades previstas en sus disposiciones"[552].

Las decisiones del Tribunal pueden ser objeto de una Opinión Consultiva de la CIJ si se llenan los **requisitos exigidos** para ello. Debe tratarse no sólo de una **Organización debidamente autorizada** conforme a las reglas del Estatuto del Tribunal y su Anexo, si no que el **planteamiento debe ser admitido por la Corte** de acuerdo con lo exigido para ello por la Carta de Naciones Unidas y su Estatuto, en el marco de función consultiva, es decir, como dijimos en su oportunidad cuando examinamos la competencia consultiva de la CIJ, debe tratarse de "una cuestión jurídica" que se plantee "dentro del marco de las actividades" de una "organización autorizada para ello." En la ya referida Opinión Consultiva de febrero de 2012, sobre el *Fallo 2867 del TAOIT*, la CIJ reafirma que "la facultad que tiene el Consejo de Administración del FIDA de solicitar una Opinión Consultiva y la competencia de la Corte se fundan en la Carta de la ONU y en su

552 Misma Opinión Consultiva, p.12, pár.28.

Estatuto y no solamente sobre la base del artículo XII del Anexo del Estatuto del TAOIT."

La Organización debe estar autorizada para solicitar Opiniones Consultivas, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Carta y en el Estatuto de la CIJ; y, además haber declarado aceptar la competencia del Tribunal, de acuerdo con el artículo II-5 del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT, cuando se trata de solicitudes relacionadas con decisiones de este Tribunal. La facultad de solicitar Opiniones Consultivas no deriva automaticamente de la autorización que emana de las normas del Tribunal. Tal como lo dijo la CIJ en su Opinión Consultiva sobre el referida *Fallo 2867*: "cuando la OIT adopta el Estatuto del Tribunal (TAOIT), no podía acordar a sus órganos o a otras instituciones, el poder de contestar las decisiones de dicho Tribunal por la vía de una solicitud de Opinión Consultiva."[553]

La autorización para solicitar Opiniones Consultivas corresponde a la Asamblea General, según la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte, como lo ha dicho ésta en varias de sus Opiniones Consultivas[554]. En el Asunto concreto relacionado con el *Fallo 2867 del TAOIT,* la Corte constata que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por resolución 32/107, del 15 de diciembre de 1977, el Acuerdo de Relación entre la ONU y el FIDA en cuyo artículo XIII se autoriza al Fondo a solicitar Opiniones Consultivas a la Corte lo que fue aprobado más tarde por la Junta de Gobernadores del FIDA que, mediante resolución 77/2 del 16 de diciembre de 1977, autoriza al Consejo de Administración a solicitar tales Opiniones.

Se requiere, además, que la Organización de que se trate haya hecho la declaración a que se refiere el artículo II-5 del Estatuto del Tribunal por la que reconoce la competencia de la CIJ para solicitar una Opinión Consultiva. En el mismo Asunto relativo al *Fallo 2867 del*

553 CIJ, Rec.2012, p.11, pár.25.

554 Decisiones del TAOIT sobre demandas en contra de la UNESCO, CIJ.Rec, 1956, pp :83-84 y Opinión sobre la reforma de la Decisión No 273 del Tribiunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU), CIJ, Rec, 1982, pp :333-334, pár.21

TAOIT, el FIDA lo había hecho por Nota de su Presidente, del 4 de octubre de 1988, dirigida al Director General de la OIT, lo que fue aprobado ulteriormente, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Consejo de Administración de la OIT, el 18 de noviembre de 1988. Más tarde, la Junta de Gobernadores del FIDA por resolución 77/2, del 16 de diciembre de 1977 autoriza al Consejo de Administración a solicitar tales Opiniones Consultivas. Excepcionalmente, lo que no afecta la función consultiva de la CIJ, como ella misma lo ha dicho, las Opiniones Consultivas que emita la CIJ en relación con una Decisión del TAOIT son obligatorias.

La Corte no examina el fondo de las decisiones del Tribunal; no puede ella corregir un fallo del Tribunal, si no se plantea la contestación de su competencia. Los fallos adoptadas dentro del marco de su competencia no pueden ser examinados por la CIJ por la vía consultiva. En esos casos, tales fallos del TAOIT son definitvos como lo establece el VI del Estatuto del Tribunal[555]. La CIJ, sin embargo, los puede reformar en **dos supuestos:** si el Tribunal ha afirmado erróneamente su competencia o si su decisión está viciada por una falta esencial de procedimiento, es decir, sí éste ha cometido un error en relación a su competencia.

El primer caso se plantea cuando el Tribunal no es competente para conocer la cuestión porque el demandante no era funcionario de esa Organización o porque no se trataba de una cuestión jurídica relacionada con un acto administrativo de la Organización que violaba los derechos del funcionario, derivados del contrato o de las normas de personal de esa Organización. La Organización demandante debe estar autorizada y la CIJ debe cerciorarse de ello para poder emitir una Opinión Consultiva.

La segunda posibilidad de contestar un Fallo del Tribunal es por una **falta esencial en el procedimiento**. Tal como lo dijo la CIJ en su

---

555CIJ, Rec. 1956, p. 87 y CIJ.Rec.2012, pp :12-13, pár.29

Opinión Consultiva sobre las *Demanda de Reforma del Fallo 158 del TAOIT* "un error de procedimiento es esencial y constituye un *mal jugé* si el error conduce a la violación del derecho del funcionario de ser imparcialmente oido (...) y, en ese sentido, impide que se haga justicia." [556] La Corte cita en entonces varios ejemplos de estas "faltas esenciales": el derecho de tener acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley; el derecho de obtener una decisión de justicia en un plazo razonable; el derecho de tener, en condiciones razonables, la facultad de presentar su causa al tribunal y de comentar las tesis del adversario; el derecho a la igualdad con éste en el procedimiento; el derecho de obtener una decisión motivada.

Finalmente observamos que la solicitud de una Opinión debe hacerse en **forma concreta**, como lo hace el Consejo de Administración del FIDA en la solicitud que formula a la Corte, en el referido asunto relacionado con la Decisión 2867 del Tribunal mediante resolución del 22 de abril de 2012 del Conejo de Administración del Fondo, reproducida integramente en la Opinión Consultiva del 1º de febrero de 2012.[557]

Por último, nos referimos a otras cuestiones importantes que se plantean en el marco del procedimiento consultivo ante la CIJ, cuando se trata de reforma de un fallo de un tribunal administrativo internacional como el TAOIT o el Tribunal de Naciones Unidas. Estos procesos híbridos son muy particulares y quizás, como lo habría dicho el juez Morozov en su opinión disidente en relación con al Opinión Consultiva citada, de 1956, se alejan del proceso consultivo regular de la Corte, emitiendo seudo opiniones consultivas.

La cuestión que se plantea es muy particular. Por una parte, una organización autorizada que solicita una Opinión Consultiva a la CIJ, sobre una cuestión que le afecta, es decir, una decisión adversa del Tribunal; por la otra, un funcionario o una persona miembro del personal de la Organización. Dos partes distintas que podrían ser

556 CIJ, Rec.1973, p.209, pár.92.
557 Opinión Consultiva del 1o de febreo de 2012, p.4.

objeto de tratamiento distinto o desigual, como se ha constatado en las Opiniones de la Corte desde 1956, en el caso de los *Fallos del TAOIT sobre demandas en contra de la UNESCO*.

La **disparidad de las partes** afecta los principios de la igualdad de acceso a la Corte y de participar en el procedimiento en igualdad de condiciones, principios que como sabemos son fundamentales para una buena administración de justicia. Cuando la decisión del Tribunal es adversa a la Organización, ésta puede mediante una resolución del órgano ejecutivo solicitar una Opinión Consultiva a la Corte, lo que no es posible cuando la decisión afecta los interses o es contraria al funcionario.

La Corte lo dijo claramente en su Opinión Consultiva de 1956 antes citada relacionada con los *Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la OIT, con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO* que "según una práctica generalmente aceptada, las vias de recurso contra un Fallo están abiertas igualmente a ambas partes. Cada una de ellas dispone de facultades iguales para la presentación de sus medios ante el Juez llamado a conocerla (...) Asi, la vía consultiva acá instituida comporta una cierta desigualdad entre la UNESCO y los funcionarios tanto desde el comienzo como en su desarrollo... El Consejo Ejecutivo ha ejercido un derecho que está a la disposición de él solo. Los funcionarios no disponen de ningún derecho similar respecto de los Fallos del Tribunal Administrativo (...) La desigualdad constatada no es en relaidad una desigualdad ante la Corte. Ella es anterior al examen de la cuestión por la Corte. Ella no afecta la manera como la Corte procede a este examen. Además, en el caso concreto, esta desigualdad es poco teórica porque los funcionarios han ganado la causa ante el Tribunal Administrativo...."[558]

La misma situación se plantea en procesos consultivos ulteriores, como se destaca en la Opinión Consultiva de febrero de 2012 sobre el *Fallo 2386 del TAOIT* en relación con el FIDA, ya referida,

558 CIJ.Rec.1956, p.85.

en la que la CIJ reafirma "su preocupación ante la desigualdad de acceso a la Corte relacionado con el procedimiento de reforma prevista en el artículo XII del Anexo al Estatuto del TAOIT2." (Párrafo 48 de la Opinión Consultiva).

En esta misma Opinión el juez Cancado profundiza sobre esta preocupación que critica la persistencia innecesaria del problema, afectando cuestiones de gran valor como: la emergencia y consolidación de los individuos como sujetos de Derecho Internacional; la imperativa necesidad de asegurar la igualdad de las partes en el proceso legal internacional como un componente del derecho al acceso a la justicia *lato sensu y* la necesidad de asegurar el *locus standi in judicio* y el *jus standi* a individuos ante los tribunales internacionales, incluyendo la CIJ.

2. El sistema de Administración de Justicia de las Naciones Unidas

a. Aspectos generales

Las controversias administrativas, es decir, las relacionadas con actos administrativos internos de las organziaciones internacionales, de acuerdo con lo examinado antes, deben ser sometidas, en primer lugar, a los órganos internos de la Orgnización que abarca los recursos ante los órganos administrativos competentes y las medios informales previstos. En el contexto de las Naciones Unidas, de no resolverse la controversia, es decir, la reclamacion de un funcionario en relación con su contrato, las condiciones de trabajo o en relación con una medida disciplinaria impuesta por la Organización, la cuestion es examinada por el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) que decidirá y en caso contrario, si una de las partes lo solicita y si se llenan los requisitos exigidos para ello, la cuestión podría ser remitida al Tribunal de Apelaciones (TA) cuyas decisiones son definitivas y por supuesto, como las del Tribunal Contencioso-Administrativo obligatorias para las partes.

En el marco de las Naciones Unidas, a partir del 2009, funciona un Sistema de Administración de Justicia (SAJ) independiente, crea mediante resolución de la Asamblea General de la ONU (AG/ONU, A/Res/63/253, del 63º período de sesiones) que comprende, como veremos, medios informales: la Oficina del Ombudsman que facilita la mediación, el diálogo entre la Administración y los funcionarios; y, los mecanismos formales: recursos internos de la Organización de que se trate, el Tribunal Contencioso-Administrativo (TCA) y el Tribunal de Apelaciones (TA).

El Sistema de Administración de Justicia de las Naciones Unidas será, además de independiente, "transparente, profesional, con recursos suficientes y decentralizados conforme con las normas pertinentes del Derecho Internacional y con los principios de legalidad y del debido proceso para asegurar que se respeten los derechos y las obligaciones de los funcionarios y que los administradores y funcionarios respondan por igual de sus actos."

Examinaremos enseguida el sistema informal, con énfasis en la Oficina del Ombudsman y la mediación como medio de solución de controversias y el sistema formal: los dos tribunales administrativos: sus competencias; el proceso, especialmente el inicio y su desarrollo y el carácter de sus decisiones.

b. El sistema informal

El nuevo Sistema de Administración de Justicia interna cuenta con una parte informal que permite la solución de la controversia, sin necesidad de recurrir a procedimientos más largos y cosotosos. La solución amistosa de la controversia que se puede lograr a través de la Oficina del Ombudsman y de la Mediación es una prioridad del sistema, como se recuerda en la resolución de la Asamblea General por la que se crea el SAJ que lo crea: "la solución informal del conflicto es un elemento decisivo del sistema de administración de justicia y destaca que debe hacerse todo el uso posible del sistema informal a fin de evitar litigios innecesarios." (pár. 18 de la resolución cit).

El Reglamento de Personal de la Organización favorece los acuerdos informales al flexibilizar los lapsos procesales. En su Regla 11.1.c se establece que cuando la Oficina del Ombudsman emprenda un proceso de solución informal, incluida la mediación, podrán dispensarse, suspenderse o prorrogarse los plazos establecidos para la realización de la evaluación interna o la interposición de una demanda ante el TCA. Los tribunales del sistema han reafirmado la importancia de esta práctica en algunas de sus decisiones como, por ejemplo, el mismo TCA cuando acordó prorrogas diversas para facilitar un acuerdo entre un funcionario y la Organización (Caso *Gebre* UNDT/NBI/2009/ 021). En este asunto, resuelto por decisión del 3 de julio de 2012 mediante la cual se constata el acuerdo al que llegaron las partes por la vía informal y el retiro de la causa, el Tribunal extendió en diversas oportunidades los plazos para lograr la solución mediante mediación, destacando a su vez la importancia de los mecanismos existentes de solución y mediación de conflictos que facilitan el diálogo entre el personal y la administración.

i. La asistencia de letrados

El funcionario que se siente afectado por un acto administrativo de la Organización puede impugnarlo ante el órgano competente, con la asistencia profesional, para lo cual se ha creado en 2009 una Oficina independiente adscrita a la Oficina de Administración de Justicia: la Oficina de Asistencia Letrada al Personal. Los letrados asisten a la persona afectada que debe ser, como veremos más adelante, un funcionario, un antiguo funcionario o un familiar o persona a cargo del funcionario o ex funcionario que tenga derecho a reclamar.

ii. El Ombudsman y la mediación dentro del sistema

En la resolución de la Asamblea General de la ONU (A/RES/62/228) se reconoce la importancia del Ombudsman, un funcionario neutral de la Organización que actúa de manera independiente en las relaciones de conflicto entre un funcionario y la Organización. Su actuación en un proceso es informal u oficiosa, además de confidencial. El Ombudsman hace proposiciones para

solucionar la cuestión, pudiendo incluso recomendar el recurso a la mediación, para lo cual se creó, dentro de su estructura, una Oficina de Mediación, mediante la resolución de la Asamblea General antes referida (62/228) que constituye una herramienta fundamental en la solución de las controversias internas que se puedan plantear en la Organización.

La **mediación,** medio examinado antes, al considerar las generalidades del tema de solución de controversias internacionales, conserva sus rasgos dentro del contexto de las controversias administrativas internacionales. El **consentimiento de las partes** es la base esencial de la misma. El recurso a la mediación, en este caso, puede ser recomendado por el Ombudsman, como dijimos antes, pero también por la Dependencia de Evaluación Interna, la Oficina de Asistencia Letrada y por el TCA, de conformidad, en este último caso, con el artículo 15 del Reglamento del Tribunal.

El funcionario o la persona interesada o la Organización represenatada por el Secretario General pueden recurrir a la mediación en cualquier momento, como lo dice la Regla 11.1 del Reglamento del Personal, incluso, como se dijo, durante el tratamiento de la cuestión por el TCA, lo que refuerza la idea de solventar por la via informal, prioritariamente, la controversia para evitar procesos innecesarios. Tal como dijimos antes, los plazos en el proceso pueden ser modificados o extendidos e incluso suspendidos, para dar paso al arreglo de la cuestión por esta via.

El **acuerdo** que se logre mediante un proceso de mediación es obligatorio para las partes. El TCA, incluso, está facultado para hacerlo cumplir, de conformidad con lo establecido en los artículo 2-1-c y 8-c del Estatuto del Tribunal, si el funcionario recurre dentro de los 90 dias establecidos en el artículo 8-2 del Estatuto del Tribunal.

c. El sistema formal de administración de justicia

Si la cuestión no se resuelve definitivamente, la misma puede ser sometida al TCA si se cumple con las exigencias relacionadas con

la competencia y la admisibilidad de una demanda; y, luego, si se dan las condiciones para ello, puede ser considerada y resuelta en forma definitiva por el Tribunal de Apelaciones, órgano que examinamos más adelante.

i. El Tribunal Contencioso-Administrativo

a. Composición y organización del tribunal

El TCA, que sesiona habitualmente en Nueva York, Ginebra y Nairobi, es creado por la resolución antes citada de la Asamblea General y está en funciones desde el 1º de julio de 2009. Es "un tribunal de primera instancia del sistema formal de administración de justicia", de acuerdo con el artículo 1º de su Estatuto.

El Tribunal está integrado por tres **magistrados** en dedicación exclusiva, uno residente en Nueva York, otro en Ginebra y otro en Nairobi, lo que beneficia una sana descentralizacion que hacen mas facil el acceso de los funcionarios y la efectividad del sistema; y, dos magistrados a media dedicación (Art.4 del Estatuto), elegidos por la Asamblea General, previa recomendación del Consejo de Justicia Interna, no pudiendo haber dos o más jueces de la misma nacionalidad. Las condiciones que se exige son similares a las requeridas para la designación de jueces de otros tribunales inernacionales: moral intachable y formación profesional y experiencia jurídica, en este caso, en el ámbito del Derecho Administrativo (Art. 4-3), mas concretamente en la actividad judicial de sus respectivos países. Los jueces son independientes y ejercerán sus funciones a título personal (Art. 4-8).

La **organización interna** del Tribunal está regulada en los artículos 1 a 5 de su Reglamento. El Tribunal es una institución permanente, con jueces y una Secretaría permanente. Aunque no sesiones en esa forma. En efecto, el Tribunal se reúne en plenario una vez al año. Los casos son examinados por un solo juez, aunque puede

consituir Salas integradas por tres jueces para que conozcan un asunto, en cuyo caso las decisiones son adoptadas por mayoría.

Los jueces pueden **inhibirse o ser recusados**, a solicitud motivada de una de las partes, si se plantea un conflicto de intereses, tal como se plantea en los artículos 27 y 28 del Reglamento. Por conflicto de interses se entiende "cualquier factor que pueda menoscabar o dar la impresión razonable de que menoscaba la capacidad de un magistrado de enjuiciar con independencia e imparcialidad una causa que se le haya asignado." Al Tribunal le corresponde decidir, en Sala de tres jueces, sobre tal solicitud.

El Tribunal cuenta con una **Secretaría permanente** que brinda el apoyo administrativo necesario, aunque también tienen funciones relacionadas con el proceso, tal como descrito en el párrafo 3-a a 3-c del artículo 21 del Reglamento.

El sistema necesita el apoyo y el respeto público, especialmente de los funcionarios internacionales. De allí que resulta esencial que los magistrados "respeten y honren los cargos judiciales como depositarios de la confianza pública." Para garantizar tal respeto, se adoptó en enero de 2012, mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (66/106/, un **Código de Conducta** que regirá las actuaciones de los jueces del TCA y también de los jueces del TA. Independencia, imparcialidad, integridad, corrección, transparencia, imparcialidad de los procedimientos y competencia y diligencia, son los Principios y valores que se incorporan en este Código de Conducta.

b. Competencia del tribunal y la admisibilidad de una demanda

El TCA tiene competencia para conocer cuestiones jurídicas relacionadas con la formulación de un acto administrativo de la Organización (**competencia material**) y planteadas por funcionarios, sean ellos de las Naciones Unidas o de Fondos y Programas del sistema, administrados separadamente, como demandantes o como demandados, por una de las Administraciones con capacidad para

acceder al mismo; también pueden recurrir al Tribunal los antiguos funcionarios y las personas que actúen nombre de un funcionario incapacitado o fallecido (**competencia personal**). El Tribunal conocerá también, dentro de la transición que se plantea con la creación del nuevo sistema de administración de justicia interna y la abolición del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU), las cuestiones pendientes en este Tribunal, al momento de la creación de dicho nuevo sistema (párrafos 42 a 44 de la resolución citada), lo que ha ocurrido en la práctica, como por ejemplo, en el Caso *Comerford-Versuu*. Más recientemente, el Caso *Liverakos* (2011-210), decidido en apelación por Decisión del 16 de marzo de 2012, que había sido presentado al TANU, el 1 de julio de 2008 (pár.5), entre mas de un centenar de asuntos que han sido remitidos al nuevo sistema. En estos casos, el TCA debe examinar la competencia en el contexto del TANU, como lo dice en su Fallo del 6 de enero de 2012, en relación el Caso Valimaki-Erk (2011-066) que "...la demandante presentó su demanda ante el antiguo TANU entonces en funcionamiento y que las demandas planteadas ante dicho Tribunal han sido transferidas al presente Tribunal en virtud de la resolución 63/253 de la Asamblea General (...) le corresponde a la presente jurisdicción examinar si la demanda era admisible ante el antiguo Tribunal." (pár.31).

Un texto distinto al **acuerdo por el que se autoriza a una organización internacional** a recurrir al TCA no puede *per se* fundar la competencia del Tribunal. En el Caso *Njadi,* quien no era funcionario de Naciones Unidas, según el Manual de los Contratos de Servicio (art. 2.2.a), el demandante argumentó que el Contrato remitía a la "aplicación de las reglas de arbitraje del TANU lo que era, según el TA, un error de parte de la Administración, error en el que no podía fundarse la competencia del Tribunal.

El funcionario o la persona afectada podrá recurrir al Tribunal para "**impugnar una decisión administrativa** por presunto incumplimiento de las condiciones de servicio o del contrato de empleo", lo que determina la competencia material. Al igual que en el caso del TAOIT, el Estatuto del Tribunal y su Reglmento, así como los textos relacionados con el personal, ademas del contrato de trabajo,

constituyen las fuentes aplicables, es decir, las fuentes a las cuales recurre el juez para resolver la cuestión planteda.

El Tribunal puede recurrir, sin embargo, a otras fuentes que le permitan adoptar una decisión, tales como las **resoluciones de los órganos de la Organización**, especialmente relacionadas con las cuestiones de personal y las directivas que adopte en relación con ello. El Tribunal puede considerar también la **práctica** de la Organización si ella tiene un fundamento suficiente como para considerar su valor jurídico, lo que se desprende a contrario de lo dicho por el TCA en su Decisión del 6 de enero de 2012, en relación con el Caso *Valimaki-Erk* (2011-066) cuando examina el argumento de la Secretaría, demandada en la causa, de la existencia de una práctica existente en relación con la renuncia a la considicón de residente, en el país en donde el funcionario debe ejercer sus funciones. El Tribunal debía apreciar entonces si il poder discresional que tenía el Secretario General para reclutar y nombrar funcionarios le permitiía aplicar una regla no escrita que se agregue a las reglas de la Carta de Naciones Unidas (Art.101) y en el Reglamento de Personal (introudcción). Para el tribunal resulta claro que las reglas aplicables al reclutamiento de personal están contenidas solamente en el Estatuto y en el Reglamento de Personal. El Tribunal concluye en ese Caso que "la decisión del Secretario General de imponer a la reclamante de renunciar a su estatuto de residente permanente en Australia si ella deseaba obtener un contrato (...) es ilegal, fundada en una práctica que no tiene ninguna base legal." (pár.50 del Fallo).

Los términos "**decisión administrativa**" y "**contrato de empleo**" deben observarse en el contexto de todos los Reglamentos y Estatutos asi como las "disposiciones relevantes vigentes en el momento de alegarse el incumplimiento" cuestiones consideradas por el Tribunal y por el TANU, antes la creación del nuevo sistema. El "acto administrativo" a que se refiere el Estatuto de los Tribunales abarca, además del contrato y las condiciones de trabajo, las medidas disciplinarias que se hubiesen podido aplicar al funcionario por un órgano de la Organización. La definición del acto administrativo hecha por el TANU en el Fallo sobre el Caso *Andronov* (1157) y en el

Fallo 1213 (2004) sigue siendo considerada por los tribunales administrativos del sistema, en favor de la unidad de la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales.

El acto administrativo que se impugna debe causar un **perjuicio al demandante** en relación con el contrato o con las condiciones de trabajo lo que éste debe demostrar en un proceso en el cual alegue tal situación, en contra de una Administración. El perjuicio causado puede ser diverso, lo importante es la relación que se pueda plantear entre la decisión y las consecuencias. El TCA destacó en un el mismo Caso de *Valimaki-Erk* que "la reclamante sostenía que la decisión ilegal le había incitado a dejar el puesto que ocupaba para aceptar otro puesto (...) y considera que contrariamente a lo que sostiene el defesnor (La Aadministración) ahay un vínculo directo entre la decisión ilegal y la salida de la demandante de Nueva York..." (Pár. 52 del mismo Fallo).

Su ha planteado también la controversia en base a una **medida disciplinaria**, como sería el Caso de *Kamunyi* (2011-197), en el que el TA conció la decisión del TCA en relación una decisión administrativa contentiva de una medida disciplinaria. En ese Caso (2010-214), el TCA consideró que la suspensión del funcionario fue ilegal. El TCA ordenó entonces la rescission de la decisión de suspender al funcionario y de colocarlo on SLWFP por un año y ocho meses. También se rescindía la decisión de castigarlo por insubordinación. El TA en este asunto rechaza los planteamientos de una parte, meintras que acepta en forma parcial los de la otra parte.

Los tribunales administrativos se han pronunciado en este sentido, como por el ejemplo, el TCS, en el Caso *Warintaranawat,* cuando señaló, lo que fue confirmado por el TA posteriormente, que "la decisión por la cual la Administración confió a una empresa externa (...) la misión de tratar las solicitudes de reembolso de gastos médicos no constituye una medida de organización que afecte de manera inmediata y directamente las condiciones de trabajo del demandante" El Tribunal de Apelación confirma el rechazo de la impugnación planteada por el demandante en este Caso. La decisión o

acto administraivo no debe ser arbitraria, como lo han precisado también los tribunales administrativos, como fue en el Caso *Kermel* (2011-58), en su Decisión 2012/239.

La decisión administrativa de que se trate debe ser **susceptible de un recurso**. No todas las decisiones transmitidas a los funcionarios pueden ser consideradas como tales. Es probable que una nota de la Secretaría constituya solamente un texto informativo como lo consideró el TCA en el Caso *Valimaki-Erk* (2011-066), en su Decisión del 6 de enero de 2012: "...tal información dada a la solicitante no podía en ningún caso ser considerada como una decisión administrativa susceptible de recurso ya que ella presenta un carácter hopotético que no afecta sus derechos." (pár.35)

En cuanto a la **competencia personal**, el Tribunal solamente puede conocer controversias planteadas por un "funcionario" de una Organización o de un órgano internacional vinculado al sistema de Naciones Unidas autorizados para ello, como sería el caso de las Instituciones Especializadas, vinculadas a la ONU, en virtud de los artículos 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas o que participe en el régimen común de condiciones de servicio, siempre que, como lo precisa el artículo 2-5 del Estatuto del Tribunal haya un acuerdo especial "entre el organismo, la organización o la entidad de que se trate y el Secretario General de las Naciones Unidas para aceptar la competencia del Tribunal." Hay que considerar, sin embargo, que no todos los órganos son claramente órganos de la Organización, en el sentido de su capacidad de adoptar decisiones administrativas en su nombre, por lo que éstas decisiones o indecisiones podrían no constituir actos administrativos impugnables. El Tribunal ha examinado asuntos en los cuales se ha cuestionado tal capacidad a un órgano vinculado operacionalmente a la Organziaciónb, como lo es la Oficina de Servicios de Control Interno (BSCI), creada por la Asamblea General.

Si bien el funcionario tiene derecho a impugnar una decisión administrativa que considere que vulnera sus derechos y que en caso de que no haya una solución mediante medios informales o antes de

poder recurrir al tribunal, ello no puede ser considerado en **forma abusiva**, como lo ha considerado en varios de sus fallos. El abuso de procedimiento ha sido establecido por el Tribunal de conformidad con el artículo 10-6 de su Estatuto que prescribe que "cuando el tribunal determine que una parte ha abusado manifiestamente del procedimiento ante él, el TAC podrá condenarle en costas." En el Caso *Ruis* (Fallo 2011/214), el Tribunal condena al demandante a una indemnización: "el demandante es manifiestamente culpable del abuso de procedimiento por lo que le condena a pagar la suma..."

El TA puede reconsiderar la determinación de un abuso de procedimiento por un funcionario y suprimir la indemnización que se le hubiere impuesto, como sería el Caso Ndjadi (2011-200), en Decisión del 16 de marzo de 2012, cuando consideó que el TCA había cometido un error al concluir que el demandante había incurrido en abuso de poder (pár.3 del Fallo).

El Tribunal no podrá examinar el fondo de la demanda si no decide sobre su **admisibilidad,** como lo ha dicho en reiteradas ocasiones (Caso *Kunanayakam,* Fallo del 10 de enero de 2011, pár. 26). Una vez que el Tribunal establezca su propia competencia, en ejercicio de la facultad que se deriva del principio reconocido y aceptado de la jurisdicción internacional, el Tribunal examina la cuestión de la admisibilidad de la demanda en cuyo contexto deben considerarse dos cuestiones, fundamentalmente: la necesidad de que el funcionario o la persona que impugna la decisión haya agotado los recursos internos, es decir, que haya sido objeto de una decisión interna y que la impugnación haya sido presentada dentro de los lapsos previstos por las reglas del Tribunal.

El Tribunal puede, antes de pronunciarse sobre el fondo, si considera que no se ha llevado a cabo el procedimiento de acuerdos con las reglas, con el consentimiento del Secretario General, **remitir el asunto** de que se trate para la aplicación del procedimiento debido o para que se subsanen los defectos en que se hubiere podido haber incurrido, a la instancia interna de la Organización que corresponda, como lo prescribe el artículo 20 del Reglamento.

El Tribunal sólo puede admitir una cuestión que haya sido decidida antes por los órganos competentes, lo que significa el agotamiento de los recursos internos. En efecto, la impugnación de una decisión administrativa debe ser sometida antes a la Oficina de Evaluación Interna para su reconsideración o control jerárquico, lo que no impide que simultáneamente se pueda recurrir a la mediación.

El Tribunal no sería competente, como sabemos, para conocer una cuestión si no hay una **decisión firme**, sea ella expresada por un acto explícito o por un comportamiento o actitud de un órgano como, por ejemplo, el silencio o no respuesta ante una impugnación presentada por un funcionario. Sin embargo, excepcionalmente, en el caso en que la decisión impugnada parezca *prima facie* ilegal, el TCA podrá conocer una demanda de un funcionario sobre la suspensión de la ejecución de esa decisión, de manera particular, cuando el caso es urgente y cuando la ejecución pueda causar un daño irreparable. Esta decisión, distintamente a las otras adoptadas por el tribunal, es inapelable. En este contexto, de la suspensión de una decisión considerada *prima facie* ilegal, el Tribunal puede adoptar una "medida provisional" para brindar protección temporal a cualquiera de las partes, lo que no es aplicable, como lo dicen los artículos 10-3 del Estatuto y 14 del Reglamento del Tribunal,en los casos de nombramiento, ascenso o rescisión de un nombramiento.

Por otra parte, para que la demanda pueda ser admitida, ella debe presentarse de conformidad con los **lapsos** establecidos para hacer la impugnación y para introducir ante el Tribunal luego, si fuere el caso, el recurso al rechazo de la impuganción. El Tribunal no puede examinar las demandas tardías, es decir, las impugnaciones presentadas fuera de los lapsos estBlecidos, a menos que existan causas mayores que lo justifiquen, al igual que se plantea en el TAOIT. La determinación del plazo se basa en la notificación, por parte de la Secretaría, de la decisión administrativa que afecta al funcionario. Según el criterio del Tribunal, la notificación y los plazos se refieren al primer acto de impugnación, siempre que, si hubiese subsiguientes actos de impugnación, estos pudiesen permitir un cambio en la apreciación del órgano interno. Cuando un funcionario

presenta en varios momentos demandas en contra de la Administración, sólo la primera decisión de rechazo es susceptible de ser el objeto de un recurso y ese recurso debe ser presentado en el lapso que corre a partir de la fecha de la primera decisión. (Casos *Ryan* (2010) y *Bernardel* (2010), citados en Decisión del 10 de enero de 2011 en relación con el Caso *Comerfor-Verzuu*).

En todo caso, el Tribunal no podrá conocer el fondo de la demanda antes de decidir sobre su admisibilidad, como lo ha afirmado reiteradamente y antes el TANU en distintos Fallos, entre los cuales el relacionado con el Caso 1213 cuando precisó que " el tribunal debía pronunciarse ante todo sobre la admisibilidad (...) si es inadmisible, no tendrá por que conocer el fondo... " (Caso *Kunanayakam,* Fallo del 10 de enero de 2011, pár. 26).

A la Administración le corresponde considerar los lapsos, cuando un funcionario impugna un acto administrativo lo que determina la posibilidad de que el tribunal pueda admitir una demanda sobre el rechazo a la impugnación del acto. Si la Administración no plantea el carácter tardío de una impuganción, la Corte lo puede hacer de oficio, para evitar ejercer sus funciones más allá de sus competencias, como lo dijo en el último Caso señalado (Pár. 79).

Desde luego, como se dijo antes, una controversia resuelta en base a un acuerdo logrado en el marco de un proceso de mediación, no podrá ser admitida por el Tribunal, a menos que lo que se intenta es hacer cumplir el acuerdo en cuestión, siempre dentro de un plazo de 90 dias naturales siguientes a partir de la fecha en que debía cumplirse el acuerdo o si no se dice nada en dicho acuerdo, dentro de los 30 dias naturales siguientes de su firma.

c. El proceso y las decisiones del tribunal

El proceso tiene también una **fase escrita y una fase oral**, en cuya organización las partes y el mismo Tribunal tienen cierta influencia. Es asi que a solicitud de ellas, el Tribunal puede suspender

las actuaciones de una causa, por el plazo que las mismas decidan. Por otra parte, el artículo 36 del Reglamento deja un amplio margen de acción al Tribunal para decidir sobre cuestiones no previstas en el Reglamento, de conformidad con el artículo 7 del Estatuto. Además, el Tribunal podrá adoptar directivas precisas lo que ha hecho, para facilitar la organización del proceso.

El proceso se inicia mediante la presentación de una **demanda** (formulario) en la que deben precisarse los datos personales del demandante y su situación laboral, las medidas y reparaciones que se solicitan y los documentos de prueba, todo lo cual es remitido inmediatamente a la organización demandada, a través de comunicación del Secretario.

La demanda debe ser contestada dentro de los 30 dias siguientes a la notificación de la demanda; en caso de que no responda, a menos que el tribunal decida otra cosa, el demandando no participará en el proceso.

De acuerdo con el artículo 8 del Estatuto y 7 del Reglamento, el Tribunal podrá admitir una demanda cuando se requiera una evaluación interna dentro de los 90 dias naturales desde la notificación al dmandante de la rspuesta de la administración. Es decir, el funcionario o la persona interesada debe plantear la cuestión, en estos casos, dentro de los 90 dias siguientes a la notificación, en concreto, a la primera notificación. Si la Administración no responde, el funciona-rio tendría 90 dias para presentar la demanda después de presentada la solicitud de evaluación interna. El mismo plazo se prevé cuando no es necesaria la evaluación interna. En estos casos, el funcionario tiene 90 dias "a partir de la notificación (...) de la decisión administrativa. El plazo se amplía un año cuando se trata de la demanda presentada por una persona que actúa en nombre de un funcionario incapacitado o fallecido, como se prevé en el1-iii de ese mismo artículo.

En el caso de la ruptura del acuerdo de mediación, el Estatuto establece también 90 dias naturales como plazo para presentar la demanda ante el Tribunal.

Es posible, por otra parte, de conformidad con el artículo 9 de su Estatuto, que el Tribunal, a instancias de una de las partes o de oficio, pueda dictar un Fallo en **procedimeinto sumario** "cuando los hechos de la causa no son objeto de controversia y está facultada para obtener una sentencia fundada en consideraciones de derecho."

En el proceso ante el Tribunal, como en otros órganos jurisdiccionales internacionales, incluso administrativos, se puede permitir que una persona que pudiere recurrir a la misma decisión administrativa intervenga en un asunto del cual no es el demandante, sino que ha sido planteado por otro funcionario, lo que le protege de una decisión que pudiese afectar sus interses.

Las **decisiones** del Tribunal, siempre presentadas por escrito y motivadas, son vinculantes para las partes y definitivas, aunque pueden ser objeto de una apelación, ante el TA que examinaremos más adelante; y, deberán ser ejecutadas, cuando no son apeladas, una vez vencido el plazo para presentar dicha apelación al TA. Las decisiones son adoptadas, por lo general, como vimos, por un solo juez que conoce el asunto. Sinembargo, cuando se trata de una Sala integrada por tres jueces, las decisiones serán adoptadas por mayoría.

Al igual que en los procesos en otros tribunales internacionales, los jueces pueden adjuntar **opiniones separadas.** Individuales, cuando el luez aprueba el texto en general pero considera necesaria algunas precisiones; y, disidentes, cuando vota en contra de la sentencia y explica su oposición.

Las decisiones del Tribunal, como dijimos antes, son susceptibles de **apelación,** lo que no disminuye su fuerza obligatoria si no se plantea tal recurso, al igual que los fallos del TA. La obligatoriedad de los fallos de los tribunales del sistema se deduce de la naturaleza de tribunal internacional y de las reglas que lo

instituyen, lo que es confirmado por la CIJ en su Opinión Consultiva del 13 de julio de 1954, sobre el asunto relacionado con *los fallos del TANU en los que se fijan indemnizaciones,* en el que se planteaba si la Asamblea General podía negarse a ejecutar un Fallo del Tribunal que fijaba una indemnización a favor de un miembro del personal de las Naciones Unidas. La Corte analiza el Estatuto y el Reglamento del Personal del TANU y concluye de su interpretación la naturaleza judicial del Tribunal, lo que le otorga la facultad de "fallar las demandas". Se desprende de los textos del Tribunal, según la Corte, que las decisiones del TANU son definitivas y obligatorias. Para la CIJ el fallo del tribunal obliga a las partes, es decir, al funcionario reclamante y a la Organización que se ve, en ese caso, obligada a pagar la indemnización.

La Corte dijo entonces que la Asamblea General no tenía el derecho a negarse a la ejecución de un Fallo del Tribunal Administrativo, dictado dentro de los límites de su competencia, que fija una indemnización a un funcionario. El Tribunal desconsideró el argumento por el cual la condición de órgano subsidiario, subordinado o secundario de la Asamblea hubiera podido impedir que una decisión del TANU obligara a la Asamblea y, en consecuencia, a la Organización.

Las decisiones pueden ser, por otra parte, objeto de **revisión,** de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Estatuto y 29 del Reglamento, si se descubre un hecho decisivo que al dictarse la sentencia fuera desconocido para el Tribunal y para la parte que pide la revisión, siempre que ese desconocimiento no se deba a negligencia. Dos plazos se establecen para que el interesaado pueda plantear en la revisión. En primer lugar, en relación con el descubrimiento del hecho: 30 dias; y, después, no mas de un año después de publicada la sentencia lo que significa que el descubirmiento tardío de alguna información, es decir, después de un año no puede constituir la base de una solicitud de revisión de una decisión del Tribunal.

De acuerdo con el artículo 11-1 del Estatuto del TA "cualquiera de las partes podrá pedir al Tribunal (...) la revisión de una sentencia"

en consideración de lo antes expuesto, en relación con el TAC y de conformidad con el artículo 24 del Reglamento del Tribunal de Apelaciones.

El procedimiento de revisión de una sentencia definitiva, como lo dice el mismo Tribunal, es un procedimiento excepcional y no una oportunidad adicional para que una parte reintroduzca argumenatos ya examinados. (Caso *Noble* (1991), Fallo del TANU No 503 y Caso *Muthuswami y otros*, 2011 UNAT 102, Decisión del 11 de marzo de 2011, pár. 1).

El Tribunal rechaza toda demanda de revisión, cuando por ella se trata de reabrir el asunto. Así, en el Fallo 2011UNAT102, antes citado, el TA dice que "la aplicación presenatda no era más que un intento del reclamante de rediscutir el caso..." y rechaza la solicitud de revisión.

Es probable también, de acuerdo con el artículo 12-3, que una de las partes pida la **interpretación** del significado o el alcance de la sentencia definitiva; desde luego, siempre que el asunto no esté siendo conoccido por el Tribunal de Apelaciones. De conformidad con el artículo 30 del Reglamento del Tribunal, la otra parte que no solicita la interpretación puede presentar sus observaciones, dentro de los 30 dias siguientes. La solicitud de interpretación de un Fallo se resuelve dentro de un proceso en el cual el Tribunal deberá considerar primero la solicitud y después, si es admisible, interpertarla.

ii. El Tribunal de Apelaciones.

El Tribunal de Apelaciones, creado en la misma resolución por la que se crea el TAC, es una **segunda instancia** dentro del proceso formal de solución de controversias del sistema de Naciones Unidas. Tal como lo ha dicho el mismo Tribunal, su función es controlar la regularidad y el fundmento correcto de una sentencia. (Caso *Fradin De Bellabre* (2011-224, pár. 26) . Má concretamente, como lo dijo en el Caso Bekele (2010-UNAT-190) su fiunción es "determinar si el TCAcometió

un error de hecho de derecho, si se ha excedido en su competencia o si ha dejado de ejercerla..." (Decisión del 16 de marzo de 2012).

8. Composición y funcionamiento

El Tribunal de Apelaciones está integrado por 7 **magistrados,** nombrados por la Asamblea, previa recoemndación del Consejo de Justicia Interna (Res. 62/228 de la Asamblea General). Al igual que en relación con el TAC no puede haber dos jueces de la misma nacionalidad, a la vez que se toma en cuenta el principio de la distribución geográfica equitativa. De la misma manera, los jueces deben llenar los requisitos morales y profesionales (experiencia judicial en materia administrativa) que se exigen a los jueces del TAC y en general , a los jueces internaicionales.

El Tribunal sesiona, normalmente, en Nueva York pudiendo hacerlo según el artículo 4 de su Estatuto, en Ginebra o Nairobi, si el número de casos así lo exige.

C. La competencia material y personal y la admisibilidad de una demanda

El Tribunal es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos por el demandante o el demandado contra las sentencias del TAC, cuando se plantea que se ha extralimitado de su jurisdicción o competencia, no ha ejercido la competencia de que está investido, ha cometido un error de derecho, ha cometido un error de procedimiento que ha afectado la decisión adoptada o un error de hecho que ha tenido como consecuencia la adopción de una decisión manifiestamente irrazonable, como lo precisa el artículo 2 de su Estatuto, como lo es en la mayoría de los casos, en la práctica.

El Tribunal puede conocer las demandas presentadas contra un organismos especializado u otra entidad internacional establecida en virtud de un tratado y que participe en el régimen común de condiciones de servicio cuando exista un acuerdo para aceptar la competencia del tribunal, según el artículo 2-10 de su Estatuto, como

sería en el Caso *Shahattit* (Caso 2011-198), en el que el Tribunal conoce la decisión del Comisionado General del UNRWA, la cual confirma en Decisión del 16 de marzo de 2012.

Una decisión del TCA puede ser apelada, como se ha visto en la práctica, por ambas partes, en referencia a partes precisas de la demanda, como sería el ya referido Caso *Kamunyi* (Caso 2011-197, Fallo del 16 de marzo del 2012, pár.33).

La demanda será **admisible** cuando el demandante esté legitimado para recurrir al Tribunal y siempre que se intente dentro de los 45 dias siguientes desde la notificación de la sentencia del TAC o como lo señala el artículo 2-1-c del Estatuto "cuando el Tribunal haya acordado la dispensa o suspensión del plazo de conformidad con el párrafo 3 del mismo artículo 7, dentro del plazo fijado por el TAC."

Por otra parte, la apelación no puede referise si no al **fondo** de la decisión del TCA, como bien lo señala el TA en el su Fallo del 16 de marzo del 2012, en relación con el Caso *Fradin De Bellabre* (2011-224): "...sólo las apelaciones dirigdas contra decisiones de fondo son admisibles...." (pár. 24).

D. **Los Fallos del Tribunal de Apelaciones**

Las decisiones del Tribunal de Apelaciones son **vinculantes y definitivas**. Las decisiones son adoptadas por **mayoría**, pudiendo los jueces, como en el caso del TCA y de los distintos tribunales internacionales, adjuntar **Opiniones Individuales,** lo que se puede constatar en la práctica aunque no ha sido frecuente, como sería en el Fallo del 16 de marzo de 2012, en relación el Caso *Akyeampong* (2010-177 y 2010-288), adjunta a la cual la juez Weinberg de Roca, agrega una Opinión disidente en la que manifiesta su desacuerdo con la decisión adoptada por el Tribunal.

Las sentencias del Tribunal de Apelaciones no pueden ser sujetas a apelación, aunque si a su revisión o interpretación, como

veremos enseguida. El TA podrá mediante una decisión **confirmar, revocar o modificar** la sentencia del TAC op del órgano autorizado por un acuerdo; o, simplemente devolverle la causa al TAC, para que realice comprobaciones de hechos adicionales, lo que podría ser examinado por un juez distinto de ese Tribunal, si así lo solicita el TA.

El Tribunal ha **confirmado** decisiones del TCA o del órgano autorizado, en numerosas ocasiones. En el Caso *Bekele* (2010-175), por ejemplo, el TCA adopta una Decisión el 8 de octubre de 2010 y ordena entonces a un pago a la demandante en favor del demandadno quien apela la decisión ante el TA el que después de considerados exhaustivamente los argumentos de ambas partes decide, el 16 de marzo de 2012, "confirmar la orden del TCA ..."

También las ha **revocado** otras como sería en el

Igualmente, las ha **modificado,** como sería en el citado Caso *Akyeampong,* en cuyo Fallo decide, al rechazar la pretensión del Secretario General de Naciones Unidas, que "la apelación de la señora Akyeampong es aceptado en parte y el Fallo del TCA es modificado " tal como se precisa en esa decisión.

Al igual que en el contexto del TCA una parte en el proceso podrá solicitar al Tribunal de Apelación la **revisión** de la sentencia que, como señaló antes, es un procedimiento excepcional que no se establece para que las partes reabran la discusión sobre el asunto. De acuerdo con el artículo 11 del Estatuto "cualquiera de las partes podrá pedir al Tribunal de Apelaciones la revisión de una sentencia..." . En el Reglamento, en su artículo 24, se establecen la forma y las reglas procesales en relación con los lapsos que al igual que en el TAC es de 30 dias para presentar las observaciones a la soliciutud de revisión presentada por una parte. La solicitud, se precisa, se deberá presentar dentro de los 30 dias naturales siguientes al descubrimiento del hecho y dentro del plazo de un año desde la fecha de la sentencia, se entiende, la promulgación de ésta.

De la misma manera, la sentencia o fallo del TA puede ser objeto de una **interpretación** de acuerdo con el artículo 11-3 de su Estatuto y el artículo 25 del Reglamento del mismo Tribunal, en el que se precian las formas y los lapsos para que la parte que no ha solicitado la interpretación pueda presentar las observaciones. Se fijan 30 dias y ello dentro de un proceso en el que el Tribunal debe primero admitir la cuestión, para después dar su interpretación.

X. Controversias no internacionales

En la relación entre un Estado y una entidad distinta de otro Estado, sea una persona natural o jurídica, pueden surgir controversias jurídicas que deberían ser resueltas mediante la negociación o en su defecto a través de otros mecanismos, sean ellos institucionales o *ad hoc* o independientes, nacionales o internacionales, como la mediación o la conciliación, e incluso de carácter jurisdiccional, como el arbitraje.

No se trata de una controversia internacional en el sentido que hemos visto, que opone exclusivamente a Estados; aunque las relaciones comerciales o las particularmente referidas a la inversión pueden generar también controversias de esa naturaleza entre Estados, por la interpretación o la aplicación de un Tratado de Protección de Inversiones (TPI). De allí que en esos tratados, por lo general, se incluyen dos tipos de cláusulas relacionadas con la solución de las controversias. Las primeras, las que regulan las controversias que pueden surgir entre los Estados signatarios de dicho tratado; y, las segundas, relacionadas con las controversias que se pueden plantear en relación con una inversión y que opone a un Estado Parte y al nacional de otro Estado Parte.

Esta distinción se recoge con frecuencia en los distintos instrumentos internacionales suscritos por los Estados en este ámbito. Así, por ejemplo, en los artículos XII (Arreglo de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora) y XIV (Controversias entre las partes contratantes) del Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre Venezuela y Canadá, del 28 de enero de 1998, en el que se incluyen cláusulas que reflejan claramente la diversidad de controversias que se pueden plantear que se resumen en **controversias entre los Estados y controversias entre Estados Partes y el inversionistas del otro Estado parte**. Se trata de dos cuestiones distintas que inciden tanto en los procedimientos, como en el Derecho aplicable para resolver el fondo, sin que ello pueda significar la disminución o la desconsideración de los principios básicos aplicables a la solución de controversias internacionales, en general.

En esta Capítulo nos referimos, en primer lugar, a los **principios básicos aplicables** (1); luego, intentamos presentar una

definición de **controversia no internacional o controversia internacional no interestatal**, a la luz de la doctrina y de distintos instrumentos internacionales (2); y, por último, examinaremos los **medios de solución administrados por centros institucionalizados**, con referencia particular al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias en materia de inversiones (CIADI) y a la Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI), a los cuales remiten también algunos tratados internacionales, especialmente, de inversión (3). En este último contexto trataremos el **origen,** la **naturaleza, la estructura y el funcionamiento de la CCI y del CIADI; su jurisdicción y su competencia;** los **procedimientos de conciliación y de arbitraje;** los **procedimientos incidentales**; las **medidas cautelares o provisionales;** el **derecho aplicable** y el fin del procedimiento, con especial referencia al laudo arbitral que emiten los órganos administrados por ambas entidades; y, su ejecución.

Se hace referencia particular al CIADI y a la CCI por cuanto ambas entidades son representativas de los distintos Centros que administran mecanismos de solución de controversias en este ámbito. El CIADI es una institución internacional, con capacidad jurídica y personalidad jurídica internacional. La CCI, por su parte, es una entidad privada, constituida en base al Derecho Interno francés, aunque sus procedimientos se insertan en las relaciones internacionales. Hoy, como la CCI, funcionan otros Centro de igual relevancia, entre los cuales, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, cuyo Reglamento de 1998 prevé la constitución de tribunales arbitrales (Art.5); la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), creada en 1926, que administra también mecanismos de mediación, de arbitraje y otros extrajudiciales; el Centro Internacional de Singapur (1990), que administra mecanismos de conciliación y arbitraje, en base a un Reglamento inspirado en el de la Corte de Londres. La jurisprudencia de estos Centros, así como la jurisprudencia internacional en general, considerada como fuente jurídica, debe ser vista en su conjunto. Las decisiones arbitrales de los tribunales creados en el contexto de la CCI y del CIADI deben ser considerados de esta manera.

A pesar de su importancia, por razones metodológicas, excluimos expresamente el tratamiento que se da a **otras**

controversias comerciales y de inversión que pueden ser sometidos a los **órganos jurisdiccionales internos de los Estados** o a los **medios alternativos de solución de controversias:** mediación, conciliación o arbitraje, que funcionan en ese ámbito, una práctica que se había desarrollando con éxito en el mundo, los últimos años.

La Ley de Arbitraje comercial de Venezuela, de 1998, inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), prevé estos medios cuya incorporación al sistema jurídico ha sido confirmado por el Tribunal Supremo de Justicia, en varias Decisiones de su Sala Constitucional. Más tarde, en 1999, se incluye una referencia particular, en la Constitución de Venezuela, en particular en su artículo 253.

En Venezuela se han creado, en virtud de la Ley de 1998 antes citada, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), adscrita a la Cámara Venezolano/Americana de Comercio (VENAMCHAM); el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo, aunque este último no funcione como órgano de solución. En la práctica venezolana, aunque estos órganos alternativos de solución de conflictos tienen la facultad de conocer controversias entre un particular y una empresa pública, éstas últimas, por lo general, rechazan la competencia del órgano al que recurre la entidad privada, al alegar "la nulidad de la cláusula arbitral porque no fueron obtenidas previamente la aprobación del órgano estatutario correspondiente y la autorización escrita del Ministro de tutela." (MEZGRAVIS, A., Quienes pueden suscribir acuerdos arbitrales?, publicaciones del CEDCA, Caracas, abril. De 2011).

La práctica del recurso a medios alternativos de los órganos jurisdiccionales nacionales es común en los países de al región. En Nicaragua, por ejemplo, la práctica se ha venido desarrollando también, en base a la Ley 540 que ha permitido la creación de numerosos Centros de Mediación y Arbitraje, entre los cuales el constituido en la Cámara de Comercio de Nicaragua que funcionan, como los antes citados en Venezuela, sean institucionales o independientes o *ad hoc*, en base a cláusulas arbitrales y conforme a las Reglas procesales adoptadas por los mismos Centros y las acordadas por las partes.

1. Principios generales aplicables

Algunos **principios generales aplicables** deben ser mencionados, antes de abordar los temas anunciados. En primer lugar, el principio mediante el cual se establece que el recurso a estos medios es posible solamente sobre la base del **consentimiento de las partes involucradas en la controversia,** expresado en forma clara y expresa e inequívoca como se establece en la mayoría de los textos y se deduce de la práctica.

En segundo lugar, la **preeminencia de la voluntad de las partes** en cuanto a la determinación de las reglas procesales y del derecho material aplicable que, como veremos más adelante, unas veces está determinado en el compromiso arbitral o en los textos que regulan la relación entre el Estado y la empresa de que se trate, otras veces es indeterminado, lo que obliga al árbitro a establecerlo, para que se pueda resolver la controversia. Las partes tienen la facultad de regular sus derechos y acciones en el proceso mediante el ejercicio de su voluntad o libre albedrío siempre y cuando ello no colida, desde luego, con el orden jurídico, el orden público, la moral, las buenas costumbres. La autonomía de la voluntad abarcaría también, la libertad de las partes de escoger la sede del tribunal y el idioma en que se desarrollarían los procedimientos.

En tercer lugar, el carácter **excluyente y exclusivo** de estos mecanismos de solución, lo que impide el recurso a otro mecanismo, incluso de carácter nacional, a menos que las partes acuerden distintamente, tal como lo establece, aunque es en ese contexto en particular, el artículo 26 del Convenio CIADI, que dice que: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje **con exclusión de cualquier otro recurso**...." (negrillas nuestras).

Al recurrir a dichos métodos, el Estado o el inversionista partes en la controversia de que se trate, **renuncian** a plantear la misma controversia a un órgano judicial interno e incluso a cualquier otro. Esta renuncia no impide, sin embargo, que de acuerdo a normas existentes, las decisiones adoptadas por los órganos arbitrales en

particular puedan ser objeto de un recurso de nulidad, ante un órgano distinto. Tampoco impide, como veremos, que en base al acuerdo de las partes, tribunales nacionales puedan decretar medidas cautelares o provisionales que garanticen los derechos de las partes, antes de que se conozca el fondo de la cuestión.

La **confidencialidad** es otra de los principios fundamentales de los mecanismos de solución de controversias internacionales no interestatales, como se recoge en los textos reguladores de las funciones de la CCI y del CIADI.

2. Definicion de controversia no internacional o internacional o no interestatal

De acuerdo con la definición antes presentada sobre la controversia jurídica en general y tomando en cuenta lo establecido en diversos instrumentos internacionales, podríamos afirmar que una **controversia jurídica no internacional** o una **controversia internacional no interestatal** es **aquella que se plantea entre un Estado y un inversionista extranjero, trátese de una persona natural o de una persona jurídica, por la interpretación o la aplicación de una norma que regula la relación entre ese Estado y la entidad extranjera, sea esa norma de origen contractual o extracontractual,** relacionada directamente con una **inversión** u otra **actividad económica, comercial o tributaria internacional**.

En primer lugar, se trata de controversias en el sentido jurídico definido en su oportunidad, en especial, en base a la Decisión de la CPJI en el Caso Mavrommatis, lo que excluye los conflictos de intereses o controversias no jurídicas. Estas controversias pueden ser calificadas de **no internacionales**, en el sentido de que no están sujetas al Derecho Internacional; o, en ese mismo sentido, de **internacionales no interestatales**, es decir, que si bien se ubican en el ámbito internacionales, una de las partes en la misma, no es un Estado.

El término **Estado** debe considerarse en forma amplia, de acuerdo con el contexto en el que se le considere. Así, por ejemplo, en el artículo 25 del Convenio del CIADI el concepto se extiende a **cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado.** Además, el

concepto Estado en el sentido más amplio, abarca las empresas del Estado, lo que se evidencia en la práctica arbitral (Ver Caso *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador*)(Caso CIADI No. ARB/01/10) (Procedimiento de anulación).

El término **inversión**, por su parte, no está claramente definido en los instrumentos internacionales, dejando a las partes, por lo general, su precisión como es el caso del Convenio Constitutivo del CIADI en el que se deja abierto el concepto, a la interpretación de las partes. Sin embargo, en **tratados bilaterales de inversión** y en algunas **legislaciones internas** se definen los términos **inversión, inversión internacional e inversionista extranjero;** lo que es importante al momento de establecerse la competencia de los órganos de que se trate.

Así, por ejemplo, en el **Tratado bilateral sobre promoción y protección de inversiones suscrito entre Venezuela y Argentina**, por su parte, se designa como inversión, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión:

> "todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) acciones, cuotas societarias, y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico, los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; d) derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, *know-how*, clientela y valor llave; e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales."

En la **legislación interna** de Venezuela, por su parte, en el artículo 3 del Decreto-Ley sobre promoción y protección de inversiones, del 3 de octubre de 1999, se define la **inversión** como:

> "Todo activo destinado a la producción de una renta, bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley."

La **inversión internacional**, como:

> "la inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión subregional, a la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina."

El **inversionista internacional** es definido en este mismo Decreto-Ley como:

> "El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle."

En el caso particular del Convenio del CIADI, no se precisa expresamente el concepto y el alcance del término "inversión"; pero sí el término "Estado Contratante", a la vez que se define el término

"nacional de otro Estado Contratante" en el artículo 25 del Convenio Constitutivo.

Por "nacional de otro Estado Contratante" en el Convenio se entiende como:

> (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y
>
> (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes en el Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero."

3. Los medios de solución administrados por Centros institucionalizados

a. Generalidades

Hasta hace poco las empresas transnacionales, en sus controversias con los Estados receptores, recurrían casi exclusivamente a los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales o en su defecto, a la protección diplomática que podían ejercer los Estados de su nacionalidad, cuando las mismas no eran solucionadas adecuadamente mediante esos órganos.

La aplicación de la **Doctrina Calvo** prevaleció en las políticas de los Estados de la región hasta hace relativamente poco tiempo. La Doctrina Calvo se traducía en la inclusión de una cláusula en contratos con entidades extranjeras, en las que éstas se obligaban a someter las controversias a los órganos internos del Estado de recepción. Para la doctrina latinoamericana y las políticas de entonces,

los extranjeros debían ser tratados en iguales condiciones que los nacionales, por lo que las controversias que se pudieren plantear en sus relaciones debían ser tratadas de la misma forma, es decir, por los órganos nacionales de justicia.

Los Estados de la región se han venido separando de esta Doctrina, para favorecer la captación de capitales foráneos -indispensables para el desarrollo nacional- que exigen garantías de seguridad. Si bien ello es cierto, en algunas Constituciones Nacionales se mantienen referencias que continúan otorgándole cierta vigencia a dicha Doctrina. En el artículo 151 de la Constitución venezolana, por ejemplo, se dice que "en los contratos de interés público, si no fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras". Es decir, que la Constitución venezolana de 1999 contiene una modalidad, aunque relativa, de la Cláusula Calvo pues la propia norma contiene una excepción inherente a la naturaleza del contrato. (TEJERA PEREZ, V., Arbitraje de inversiones en el caso de Venezuela, publicaciones electrónicas del CEDCA, octubre de 2008). No hay, sin duda, una entera compatibilidad entre la norma constitucional que descarta en principio y excepcionalmente el recurso a órganos jurisdiccionales extranjeros y la aceptación del recurso por Venezuela, en tratados internacionales, incluido el Convenio Constitutivo del CIADI y los de protección de inversiones; y, en Leyes nacionales, de recurrir al arbitraje internacional, como sería el caso del Decreto-Ley de 1998 sobre promoción y protección de inversiones que incluye una norma de remisión al arbitraje internacional, en su artículo 22.

En 1965, cuando se crea el CIADI, las jurisdicciones arbitrales en general seguían siendo vistas con recelo por los países latinoamericanos que preferían dejar la solución de las controversias de la naturaleza que nos ocupa, a los órganos nacionales, hasta que las circunstancias políticas internacionales y la necesidad de las

inversiones en beneficio de los países en desarrollo reabrieran el debate y flexibilizaran sus posiciones. La misma postura hacia al arbitraje internacional se mantiene hasta la década de los 90 cuando la mayoría de los países de la región adhiere al Convenio de 1965 y acepta, en consecuencia, el arbitraje internacional, al menos en el ámbito de las inversiones.

Durante esos años, sin embargo, la región no se detiene y deja de reglamentar el arbitraje comercial internacional. En el marco de la OEA se adoptan la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 30 de enero de 1975; y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, del 8 de mayo de 1979.

En el ámbito internacional universal, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) contribuye con este desarrollo, especialmente después de 1958, con la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, con la participación activa de los países de la región. En 1976 se adopta el Reglamento de Conciliación y en 1980 el reglamento de Arbitraje, entre otros documentos, que se revisan en los años subsiguientes.

En este proceso se inserta el desarrollo y la proliferación de los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones y los relativos a la doble imposición; y, la adopción de legislaciones internas que favorecen las relaciones en este ámbito y que confirman la apertura de los países en desarrollo y de la región en particular, en favor del arbitraje internacional no interestatal.

La tendencia hoy, en todo caso, es aceptar el recurso al arbitraje internacional, especialmente en el contexto de las inversiones y de las relaciones comerciales en general, que abarca el comercio en estricto sentido y las cuestiones de carácter tributario, como medio de solución de controversias, alternativo a los órganos jurisdiccionales nacionales.

b. La Cámara de Comercio Internacional de Paris

Es así como se fortalecen y surgen instituciones privadas y públicas que administran mecanismos de solución de controversias, como la **CCI,** entidad privada creada en 1919 y dentro de ésta, la **Corte Internacional de Arbitraje (CIA)**, creada en 1923, como parte de los mecanismo que administra para la solución de las controversias internacionales en materia comercial y de inversión.

El sistema de la CCI presenta mecanismos prearbitrales, de arreglo amistoso, de conciliación, de mediación y arbitral, como veremos detenidamente luego. La CIA tiene una **Secretaría,** integrada por un Presidente y varios vicepresidentes, elegidos por el Consejo Mundial de la CCI, en base a la recomendación del Comité Ejecutivo de la misma.

La Corte es independiente de la Cámara y los miembros de la Corte son a su vez independientes de sus respectivos Comités Nacionales. La CIA no resuelve las controversias que se plantean; su misión, como lo establece el artículo 1 del Apéndice 1, del Reglamento es "asegurar la aplicación del Reglamento de arbitraje de la CCI" y de manera particular, controlar el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyen, para asegurar la validez de sus decisiones y su ejecución.

c. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de inversiones (CIADI)

En un ámbito más amplio y como una institución internacional vinculada formalmente al sistema financiero internacional, se crea en 1965, el **Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias en materia de inversión** (CIADI), que responde también a las nuevas realidades, una **institución internacional independiente** y con **personalidad jurídica internacional,** lo que le permite actuar en ese ámbito con la cualidad de sujeto de Derecho Internacional, en los términos que vimos antes al examinar el tema de las organizaciones internacionales. Igualmente, el Centro tiene **capacidad jurídica** para actuar como entidad jurídica de derecho interno, lo que le permite realizar transacciones comerciales en el ejercicio de sus actividades, como contratar, adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos y comparecer en juicio, tal como se prevé en el artículo 18 del

Convenio Constitutivo del Centro. Aunque independientemente, está vinculada al Banco Mundial.

El Centro funciona con un **Consejo de Administración**, integrado por los representantes de los Estados partes; y por un **Secretariado** que además de las funciones administrativas propias de estos órganos, tiene funciones vinculadas a la función jurisdiccional, como también lo tienen las Secretarías de tribunales antes examinados. De conformidad con el artículo 11 del Convenio Constitutivo, el Secretario General será "el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos."

Los árbitros y conciliadores, así como el personal de la Secretaría gozan de **privilegios e inmunidades,** extendidos por los Estados partes, en base a un **criterio funcional**, es decir, en relación con actos realizados en el ejercicio de sus funciones, como se establece en el artículo 21 del Convenio Constitutivo.

El arbitraje que se conducen en el CIADI constituye una **jurisdicción internacional**, aunque para algunos sea nacional, toda vez que una de las partes es una persona jurídica distinta al Estado, por lo tanto no sometida en principio al Derecho Internacional. Sin embargo, las características de los tribunales arbitrales que se crean en base al Convenio Constitutivo del Centro les asemejan a una instancia jurisdiccional internacional. El Centro es una institución internacional y los órganos arbitrales creados por el mismo serían también órganos internacionales. Además de ser creados mediante un tratado en el sentido estricto del término, el órgano arbitral puede aplicar el Derecho Internacional en la medida en que sea pertinente y de que las partes lo acuerden.

Si bien el Centro ha realizado una labor importante en la solución de las controversias en el ámbito de las inversiones foráneas, el mismo no ha dejado de ser objeto de críticas que incluso han motivado la denuncia del Convenio Constitutivo por algunos Estados, como es el

caso de Bolivia, en 2007 y de Venezuela, en 2012, aunque no por ello, como veremos más adelante, las controversias que se puedan plantear entre las empresas y esos Estados, no puedan ser remitidas al arbitraje en el Centro, cuando por ejemplo, tal remisión está contemplada en un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones, independiente del Centro.

d. La diversidad de los mecanismos internacionales institucionales

Los medios de solución de controversias que administran los Centros que nos ocupan son diversos entre sí: Conciliación, mediación, arreglo amistoso, buenos oficios y arbitraje. Se trata de mecanismos definidos por el Derecho Internacional, en los cuales participa un tercero, como vimos en su oportunidad, pero con especificidades propias que le ajustan a la naturaleza de la controversia de que se trata, es decir, controversias no internacionales o controversias internacionales no interestatales.

Ambos sistemas prevén el **arreglo amistoso** y en el contexto de la CCI, la **mediación**. Se trata de procedimientos más flexibles que, como los otros, pueden funcionar somente cuando las partes lo acuerdan. Sus resultados serán siempre reflejados en Informes que emite el buenoficiante o el mediador, con el acuerdo de las partes, como veremos.

La **conciliación** es uno de los mecanismos que facilitan ambos Centros. Se trata de un mecanismo contradictorio, en cuya organización las partes tienen una influencia importante. La conciliación en este contexto consiste en "una reunión entre dos o más partes en conflicto y un tercero neutral con amplia experiencia en la materia objeto de la disputa, denominado Conciliador, quien ayuda al restablecimiento de la comunicación entre las partes, favoreciendo así la obtención de un acuerdo mutuamente beneficioso que ponga fin a la controversia." (Documentos electrónicos del CEDCA).

e. El arbitraje internacional institucional

El **arbitraje internacional** no interestatal ha venido evolucionando en los últimos años, lo que ha permitido hoy que el mismo abarque otras materias distintas a la inversión propiamente dicha, lo que incide, como vimos antes, en la definición del término "controversia no internacional." En efecto, hoy se abre la posibilidad de que el arbitraje comercial pueda aplicarse a controversias surgidas por la aplicación de los Convenios Internacionales para evitar la doble tributación, lo que sin duda va más allá de la promoción y la protección de las inversiones, como se puede apreciar en algunos acuerdos internacionales, entre las cuales la Convención Europea relativa a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas del 23 de julio de 1990 (90/436/CEE).

Si bien en el Convenio Modelo de la OCDE, texto que ha servido de base para la elaboración de los Convenios internacionales para evitar la doble tributación, no aparece esta Cláusula, en el párrafo 48 de los comentarios al artículo 25 del Convenio se indica que el **arbitraje es una solución a los problemas que se presentan cuando las autoridades competentes no logran eliminar la doble imposición.** En muchos Convenios bilaterales, esta práctica ha evolucionado favorablemente. (Ver. FRAGA PITALUGA, L., Arbitraje tributario internacional, publicaciones electrónicas del CEDCA, Caracas, julio-agosto de 2011).

El arbitraje internacional puede ser **interestatal,** cuando la controversia que se plantea es entre Estados, sujetos de Derecho Internacional, sometidos por lo general al Derecho Internacional; o **comercial internacional o simplemente no interestatal** que en su acepción más amplia, como vimos antes, involucra a un Estado y a una persona jurídica distinta, en particular, una empresa o un inversionista extranjero. La definición del arbitraje, como dijimos en su oportunidad, cuando se examinó el mecanismo en su forma general internacional, es aplicable en este contexto, evidentemente, con las especificidades que impone la naturaleza de la controversia de que se trate. En todo caso, se trata de una institución por la cual terceros deciden sobre una controversia entre dos o más partes, mediante el ejercicio de un mandato jurisdiccional y conforme a su competencia para conocerlo, conferido por esas mismas partes en

cláusulas denominadas arbitrales que pueden adoptarse antes de que la controversia surja, en tratados particulares entre Estados o en un contrato entre un Estado y una empresa; o, al surgir una controversia, mediante compromisos concretos para recurrir a este mecanismo de solución. El arbitraje comercial es un recurso de protección que tiene el inversionista extranjero que busca garantizar la seguridad jurídica, que pudiere estar afectada por una eventual no imparcialidad de los tribunales nacionales, en determinadas circunstancias.

No todos coinciden en que el **arbitraje internacional** es una derogación excepcional de las jurisdicciones ordinarias. Sin embargo, independientemente de que se le pueda considerar como derogatorio, **el arbitraje es un medio alternativo** al que las partes aceptan de mutuo acuerdo recurrir, obviando los medios ordinarios, generalmente nacionales, cuando se trata de las controversias no internacionales, a las cuales nos hemos referido antes.

El **arbitraje internacional** tiene características propias que se han aceptado como determinantes en el artículo 1-3 de la Ley Modelo de Arbitraje comercial, elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y enmendado en 2006. En primer lugar, el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados distintos. Luego, debe considerarse para la determinación de internacional del arbitraje de que se trate, si el lugar del arbitraje está fuera del Estado en el que las partes están establecidas; si el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial; si el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha o si las partes han acordado que el arbitraje está relacionado con más de un Estado.

El arbitraje es **nacional** cuando la controversia está sometida a un solo ordenamiento jurídico nacional y cuando las partes, sean o no nacionales del Estado, tienen su domicilio en éste. Ello desde luego, no es una apreciación absoluta. Algunas controversias planteadas en el marco de la protección intelectual que opone a dos entidades domiciliadas en un mismo Estado, pueden ser remitidas al Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, un Centro de carácter internacional, como veremos luego.

Por otra parte, el arbitraje internacional no interestatal puede ser **institucional,** como es el caso del que se prevé en el Convenio del CIADI o en las Reglas de la CCI; o, ***ad hoc* o independiente** que se constituye de manera diferente, fuera de una institución. El primero se caracteriza por el soporte que tiene el arbitraje en una institución; por la elección previa de árbitros, aunque ello pudiere variar en función de la voluntad de las partes que prevalece en todos los casos, como dijimos antes; y, por que las reglas procesales son igualmente preestablecidas, aunque también en este caso pueden ser modificadas, en base al mismo principio de la preeminencia de la voluntad de las partes. También, el abitraje internacional puede ser independiente o *ad hoc,* el que se constituye también en base a un compromiso arbitral previamente acordado, para solucionar controversias generales o particulares, incluso después de planteadas éstas. Pero este órgano arbitral se constituye fuera de instituciones y Centros institucionales. El derecho procesal y el derecho material aplicables es establecido por las partes, lo que no excluye que pueda ser remitido a normativas externas.

4. Sobre la jurisdicción y la competencia

La **jurisdicción** y la **competencia** del Centro y de la CCI, definidos y regulados en sus textos constitutivos y en los Reglamentos adoptados por sus órganos, son dos cuestiones fundamentales para el ejercicio de los mecanismos que se insertan en las entidades que nos ocupan.

a. La jurisdicción de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

En el caso de la CCI, la jurisdicción y la competencia del Centro están definidas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI en el que se precisa que las controversias que se plantean a la Corte deben versar sobre cuestiones internacionales o nacionales surgidas en "ámbito de los negocios" (Art.1 del Reglamento de Arbitraje de 2012).

El **compromiso de arbitraje** es la base de la aceptación de la jurisdicción de la Corte aunque este no es siempre definitivo toda vez que remite, en algunos casos, a compromisos arbitrales ulteriores

relacionados con determinado contrato. Es decir que sería sólo cuando se suscribe ese compromiso ulterior que la Corte puede tener jurisdicción para conocer la controversia.

A estos efectos la CCI facilita **Cláusulas Modelo de arbitraje**, a los Estados que eventualmente decidan someter sus controversias a la Cámara. El texto de esta Cláusula precisa que "todas las divergencias que deriven de este contrato o que guarde relación con éste, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento Arbitral de la CCI". En todos los casos, aunque las partes pueden elaborar sus propias cláusulas, tomando en cuenta o no el Modelo, éstas deben reflejar el acuerdo de las partes para someter la controversia a la Cámara y en la medida de lo posible, el derecho procesal y el derecho material aplicables, lo que no ocurre en todos los casos, dejándose al árbitro, como veremos, su determinación.

El hecho de aceptar la jurisdicción del Centro implica aceptar las Reglas en vigor al momento de la introducción de la demanda y reconocer que el proceso es administrado por la Corte.

b. En el ámbito del CIADI

Los conceptos jurisdicción y competencia tienen un alcance y un sentido preciso, como se aprecia en el Convenio Constitutivo del CIADI. La jurisdicción: el poder del Centro; y, la competencia: la facultad que tiene el órgano arbitral creado de conocer una controversia de acuerdo con sus normas de organización y de procedimiento son dos cuestiones distintas. El término "jurisdicción del Centro" se usa (...) como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio..." como se dice en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio.

Tanto en los textos del Centro como en la jurisprudencia arbitral se hace distinción expresa y frecuente de ambos términos. La jurisdicción del Centro, es decir, el ámbito de aplicación del Convenio Constitutivo, es tratada en el Capítulo II de este texto (Artículos 25 al 27) y en las Reglas de Arbitraje, en las que se reafirma la distinción entre ambos términos. En la Regla 41-4 de Arbitraje, relativo a las

excepciones preliminares, se precisa que "toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la **jurisdicción** del Centro o que, por otras razones, no Reglas de Arbitraje es de la **competencia** del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible..." Más adelante lo reitera, en el párrafo 2, al señalar que "el Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la **jurisdicción** del Centro y es de su propia **competencia**. Y, en el párrafo 6 de la misma Regla que "Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la **jurisdicción** del Centro, o que no es de su **competencia**, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto."

En la práctica algunos tribunales arbitrales han hecho también referencia a la "jurisdicción" cuando se refiere al **poder del Centro** y a la competencia cuando se refiere al **poder del tribunal**. Así, por ejemplo, en el Caso *Emilio Agustín Mafezini contra España*, el Tribunal en el párrafo 99 de la Decisión del 25 de enero del 2000 dice que "por las razones expuestas, el Tribunal decide por unanimidad que la presente controversia se encuentra **dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal**....."

c. La expresión del consentimiento

Al igual que en otros mecanismos jurisdiccionales internacionales, **las partes en la controversia deben expresar su consentimiento**, para poder constituirse en parte en un proceso ante un tribunal que se crea para conocerla, un principio reafirmado tanto en el marco de la CCI como del CIADI. Los mecanismos se activan solamente si el Estado y la empresa de que se trate han expresado en los términos que veremos enseguida su consentimiento en ser parte en dicha controversia.

En el caso de la CCI, el Reglamento de arbitraje exige el acuerdo expresado en el compromiso arbitral para que el órgano que se cree pueda conocer la controversia.

En el Preámbulo del Convenio Constitutivo del CIADI, en particular, se reconoce que "el consentimiento mutuo de las partes en someter (...) diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio..." Además, se agrega, que

"la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado."

El hecho de constituirse en parte del Convenio no supone que el Estado acepte la competencia del Centro para todas las controversias, lo que se desprende del párrafo 4 del mismo artículo que dice que:

> "Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior."

La jurisdicción del Centro está definida en el artículo 25 del Convenio que dice:

> "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
> El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria."

El consentimiento se expresa indistintamente en los **Tratados de Inversión**, en las **cláusulas o compromisos arbitrales expresamente acordadas**, en un **contrato de inversión** o en un **acuerdo entre las partes**, después de surgida la controversia. Más particular es la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales, en base a la

legislación interna de los Estados en las cuales se establece el recurso al Centro, lo cual tendría que perfeccionarse con la aceptación del inversionista de esa oferta del Estado de la legislación, como requisito para poder someter la controversia al mismo. Igualmente particular e incluso menos claro, sobre lo cual no hay criterios uniforme, es la aceptación de la jurisdicción de un órgano internacional, como los administrados por el CIADI o la CCI, mediante la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF), temas que veremos más adelante.

Esta regla es aplicable también a los medios no jurisdiccionales, como sería el caso, en el contexto de la CCI, de la Solución Amistosa de las Controversias, como se puede apreciar el artículo 2 del Reglamento ADR.

El **consentimiento no tiene por qué ser expresado en un solo documento**. Es posible, como en estos casos, que el consentimiento se exprese en documentos diversos que constituyen un acuerdo, lo que es permitido expresamente por la Regla 2-3 de las Reglas Procesales aplicables a la Iniciación del Procedimiento de Conciliación y Arbitraje que dice que "significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y **si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho**. (negrillas nuestras).

Tal como vimos antes, la oferta por la vía legislativa y su aceptación por el inversionista pueden fundamentar la competencia de un órgano arbitral internacional. En el caso de Venezuela, por ejemplo, esta modalidad podría basarse en el Decreto-Ley sobre la promoción y protección de inversiones extranjeras (Art.22), del 22 de octubre de 1999, en el que se abre el recurso a todos inversionistas, distintos a lo que ocurre con los TBI que se relacionan con los nacionales de los Estados Partes en la controversia.

Los tribunales arbitrales han considerado esta cuestión en varias oportunidades. En el Caso de la *Southern Pacific Properties contra Egipto* (Caso ARB/84/3), el tribunal arbitral creado considero en la Decisión del 20 de mayo de 1992, una ley nacional (artículo 8, de la Ley de Egipto No 43, de 1974), al momento de decidir sobre la competencia para conocer el asunto y aceptarla.

Más recientemente, en el Caso *Tidewater contra Venezuela* (ARB/10/5), el tribunal constituido examinó el artículo 22 de la citada ley venezolana de inversiones, para determinar la competencia. Se trata, como lo dicen los comentaristas, de una disposición compleja que exigía su interpretación, especialmente, en cuanto si encierra o no la expresión del consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI. El tribunal descarta que dicha ley, en concreto el artículo 22, constituya un acto unilateral en estricto sentido. Es claro, en opinión de la doctrimna prevaleciente, que la redacción del articulo no es ta clara, lo que presenta dudas acerca de lo que reamente plantea el legislador en cuanto a si mediante esa disposición se otrga el consentimiento del Estado para que se pueda someter una controversia al arbitraje internacional.

El tribunal considero que se trataba de un acto vinculado a un Acuerdo, por lo tanto no era unilateral y la remisión al Convenio de Washington no podía traducirse en la aceptación automática de la jurisdicción del Centro. El tribunal consideró que de la interpretación de buena fe, conforme al Derecho Internacional y al Derecho Interno, no se puede concluir que dicha disposición signifique la expresión del consentimiento por parte de Venezuela para aceptar la jurisdicción del Centro y competencia de un tribunal para examinar una cuestión relacionada con una inversión extranjera.

Lo importante es subrayar que el articulo 22 de la Ley Nacional remite al Convenio de Washington y es en base a ello que se puede determinar su competencia.

Importante destacar que el articulo 22 de dicha Ley debe, como toda norma nacional, ser compatible con la Constitucion y en este caso en particular, con los artículos 151 y 301 de la Constitucion que estableceni gualdad de tratamiento entre el inversor extranerjo y el nacional.

El órgano arbitral emn el Caso *Tidewater* antes citado se declara competente para conocer el asunto, aunque no en todos sus aspectos; pero no con base a esa disposición, sino sobre otros supuestos. De haber reconocido que la intención del legislador, como lo pretendían los demandantes, hubiera podido significar una oferta abierta, base eventual de la jurisdicción del Centro, habría extendido excesivamente la jurisdicción del Centro, lo que le habría permitido al

mismo conocer todas las controversias jurídicas relacionadas con una inversión que se pudiesen plantear inversionistas de todos los Estados partes en el Convenio de Washington, lo que no habría sido la intención del legislador al redactar el articulo 22 en cuestión.

Mas recientemente, en el Caso de *Opic Karimun Corp (ARB/10/14)*, el tribunal considero de nuevo esta cuestión, en su Decision del 28 de may de 2013. El tribunal arbitral considero que si bien el articulo 22 remitia al Centro, pa que un tribunal pudiese conocer la cuestión, debia estar planteada en el marco de un Acuerdo de protección de inversines, lo que no existía entre Venezuela y Panama, Estado de la nacionalidad de la empresa.

Por otra parte, en los **tratados internacionales generales**, distintos a los de protección de inversiones, se pueden incluir también cláusulas que remiten a la jurisdicción de órganos internacionales, especialmente jurisdiccionales, como el arbitraje internacional. Así, por ejemplo, en el tratado de libre comercio suscrito entre Colombia, México y Venezuela, del 13 de junio de 1994, en cuyo artículo 17- 18, relativo a "Comunicación y Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje", se remite la controversia al CIADI.

. La forma de expresión del consentimiento

El consentimiento debe ser expresado por **escrito,** lo que confirma el aspecto formalista del sistema; y no puede ser retirado o revocado **unilateralmente**, como se establece en el citado artículo 25-1 del Convenio del CIADI, lo cual ha sido confirmado en varios laudos, entre los cuales, el más reciente, el pronunciado el 30 de noviembre de 2012, en el Caso *Electrabel S.A contra Hungría*, en el que tribunal reafirma la norma contenida en el artículo citado del Convenio: "ninguna parte puede retirar su consentimiento unilateralmente" (Párrafo 3.4-6 del laudo)E

El consentimiento debe ser expresado en forma **clara**. El Estado debe expresar que acepta la jurisdicción del órgano de que se trate para que éste pueda examinar una determinada controversia. Esta características, sin embargo, habría sido flexibilizada por los mismos tribunales arbitrales al aceptar la aplicación permisiva del principio *ejusdem generis* en el contexto de los tratados bilaterales de protección

de inversiones, al aceptar la aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida (CNMF) antes mencionada.

La jurisprudencia de arbitraje de inversiones respecto del significado corriente de la CNMF no se presenta del todo uniforme, como lo expresa el tribunal arbitral constituido en relación con el Caso *Teiversa, Transporte de Cercanía y Autobuses Urbanos contra Argentina* (ARB/09/1), en el párrafo 165 del laudo dictado. A veces, como lo recuerda el tribunal en ese Caso y en consideración de un documento de la UNCTAD (*The most Favoured-Nation Treatment, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1*9), las partes a veces invocan la CNMF "para dejar sin efecto un requisito procesal que constituye una condición para el sometimiento de la reclamación al arbitraje internacional (Caso *Mafezzeni, Siemens, Gas Natural, National Grid, Suez International, AWG Group,, Wintershall, Impergilo, Hochtief, Abaclat, ICS y Daimler*); otras veces, ellas lo invocan "para ampliar el umbral jurisdiccional, es decir, el ámbito de facultades del tribunal de arbitraje más allá del definido en el tratado en cuestión (Casos *Salini, Plama, Telenor, Berschader y Tza Yap Shum*).

En el primer contexto, las partes "toman prestado" una cláusula de resolución de controversias de otro Tratado que no establece el requisito de recurrir a los tribunales locales, como exigencia previa al arbitraje. En el segundo, las partes la invocaron para ampliar el alcance de la jurisdicción establecida en el Tratado correspondiente. Así, en el Caso *Salini*, el demandante invoca la cláusula para plantear una cuestión contractual y en el *Plama*, para ampliar a cuestiones relacionadas con reclamaciones sobre expropiaciones.

En el contexto del recurso a la CNMF para ampliar la jurisdicción del CIADI, la jurisprudencia inicial, reflejada en los Casos *Maffezini, Siemens contra República Argentina, Camuzzi* International contra Argentina y *Gas Natural contra Argentina* favoreció esta tendencia, que extiende de manera muy amplia la jursidicción de los órganos arbitrales en general y del Centro en particular. Los tribunales arbitrales consideraron entonces que "las disposiciones sobre solución de controversias forman parte integrante de la protección acordada por los tratados de inversión" (LABIDI, H., *La clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements?* En. *Ou va le droit des investissements*?, p.41, Pedone, Paris, 2012).

Esta apreciación, sin embargo, sufre mas adelante un cambio en las decisiones adoptadas por otros tribunales arbitrales del mismo Centro, en particular, en los citados Casos *Salini contra Jordania* y *Plama Consortium contra Bulgaria.* En el primero, en particular, la demandante presentó como base alternativa de jurisdicción, en aplicación de la Cláusula, el Tratado bilateral de Inversiones suscrito por Jordania con los Estados Unidos. El gobierno de Jordania consideraba que el artículo 3 del tratado bilateral no preveía una base de jurisdicción y que la CNMF no podía ser aplicada. En su Decisión el Tribunal compartió las preocupaciones presentadas en algunas partes de la decisión en el Caso *Maffezani* que en la práctica se abrían - y eso era un riesgo- posibilidades muy amplias para que se escogiera la base del consentimiento (treaty shopping). En el segundo Caso, el tribunal en su Decisión del 8 de febrero de 2005 concluyó que " la CNMF del Tratado de Inversiones entre Bulgaria y Chipre no podía ser interpretado como base del consentimiento del demandado, para someter la controversia. (Párrafo 240-C de la Decisión).

d. El principio de competencia- competencia (Kompetenz-Kompetenz)

Los tribunales arbitrales deben, antes de considerar el fondo, resolver cualquier duda que se plantee sobre su competencia, en base al principio aceptado y comentados antes, de la facultad que tienen de conocer su propia **competencia.** Si la cuestión es planteada de **mutuo acuerdo**, por lo general no se plantean cuestiones de jurisdicción y de competencia, aunque pudiere haber divergencias en cuanto a su alcance. La situación es distinta cuando la parte demandada rechaza la jurisdicción y la competencia del órgano de que se trate, sobre lo cual debe decidir el mismo tribunal, en principio, antes de abordar el fondo.

En el caso de la CCI, la **Corte Internacional de Arbitraje** y los tribunales arbitrales constituidos deben igualmente asegurarse de su competencia antes de examinar el fondo. La Corte puede considerar *prima facie* que hay una base de competencia y en función de esta apreciación, remitir la controversia al tribunal arbitral al que en todos los casos, le corresponderá "tomar toda decisión sobre su propia

competencia." (6-2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI). La Corte puede también estimar que no hay ninguna base y en ese caso, declarar que el procedimiento no puede proseguir. En el caso del **CIADI,** queda claramente establecido que el tribunal deberá resolver su propia competencia y que si una parte rechaza la jurisdicción del Centro o la competencia del Tribunal, será el órgano arbitral constituido el que resolverá la cuestión, también en principio, antes de examinar el fondo, como lo recuerda el tribunal arbitral credo en el Caso *Tidewater contra Venezuela* (ARB10/5), cuando precisa que "El Tribunal tiene la potestad de pronunciarse sobre estas cuestiones en virtud de lo dispuesto por el artículo 41(1) del Convenio del CIADI, que establece que el Tribunal resolverá sobre su propia competencia." (Decisión sobre la jurisdicción del Centro, del 8 de febrero de 2013, par. 74, ag.28).

En la práctica, las cuestiones relativas a la competencia son frecuentes y diversas. Por lo general, se examinan para determinar la base de la competencia, los tratados de protección de inversiones, las clausulas contractuales y cualquier otro instrumento, incluso de carácter nacional, como vimos antes, en los cuales se puede basar el consentimiento o la aceptación de la jurisdicción del Centro y la competencia del órgano creado.

En algunos casos, además de la base de competencia, se plantean cuestiones relacionada con los requisitos exigidos por el Convenio Constitutivo del Centro, en particular, en su artículo 25, es decir, que debe tratarse de una **controversia jurídica**, **directamente relacionada con una inversión**, **entre un Estado Parte y un inversionista de otro Estado Par**te.

A veces se cuestiona la **condición de inversionista** o la **naturaleza de la inversión**, otras veces que no se habrían agotado los **recursos internos** cuando ello era exigible según el tratado de protección de inversiones o el instrumento base de la competencia, como sería entre otros el Caso citado *Emilio Agustín Maffezini contra España*, (Caso ARB/97/7), en el que el demandado argumentó el artículo X del Convenio bilateral sobre promoción y protección de inversiones, suscrito entre ambos, lo que puede consistir en una condición al procedimiento, como lo señala el artículo 26 del Convenio Constitutivo que dice: "Salvo estipulación en contrario, el

consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

En un Caso reciente, en particular, el de la *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. contra la República Argentina,* el demandado (Argentina) considera que el tribunal carece de jurisdicción "porque las Demandantes no cumplen los requisitos establecidos en el Artículo X del Tratado; porque ellas no están legitimadas para reclamar por derechos que pertenecen a otra persona jurídica; igualmente, por cuanto el Tribunal carece de jurisdicción para resolver algunas de las reclamaciones relativas a actos de entes no gubernamentales, no atribuibles a la Demandada; y porque la inversión invocada por las Demandantes no constituye una inversión protegida por el Tratado."

Las demandantes argumentan, por el contrario, que "el tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque las Demandantes han cumplido con las disposiciones procesales establecidas en el TBI Argentina-Australia, que les está permitido invocar en virtud de la cláusula NMF del Tratado." Además, agregan que "alternativamente, el Tribunal tiene jurisdicción porque las Demandantes han satisfecho el requisito establecido en el Artículo X del Tratado y/o se encuentran exentas de cumplirlo por consideraciones de inutilidad." También, por cuanto "el Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque las Demandantes son partes legítimas en este arbitraje." Y finalmente, que "el Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque la inversión de las Demandantes se adquirió y se realizó de conformidad con las leyes de la Argentina y de buena fe."

El tribunal, en su Decisión sobre cuestiones preliminares o en relación con la jurisdicción, del 21 de diciembre de 2012, resolvió en este caso "1) Desestimar las Excepciones a la Jurisdicción; 2) Unir al fondo de la diferencia la cuestión de la determinación de la

responsabilidad de la Demandada por los actos de entidades no estatales." (Pár. 333).

En todo caso, el tribunal arbitral constituido en el marco del Centro podrá conocer solamente controversias jurídicas, nunca de naturaleza técnica u otra, planteadas entre un Estado parte en el Convenio y una empresa de la nacionalidad de un Estado parte en dicho Convenio aunque existe, como veremos, la posibilidad de que se plantee el recurso al mecanismo complementario, lo que excluye a su vez las controversias que puedan plantearse entre un Estado parte y uno de sus nacionales. Debe tratarse de una controversia derivada exclusivamente de una cuestión relacionada con una inversión , sobre la base del consentimiento de ambas partes.

e. La remisión de una controversia al CIADI en el cual participa un Estado no parte: Aplicación de las reglas del Mecanismo Complementario

Tal como dijimos antes, no en todos los casos los Estados involucrados en la controversia son partes del Convenio del CIADI, para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción. Un Estado no parte del Convenio puede, en efecto, constituirse en parte en una controversia si es remitida por una tratado en el cual se otorga competencia al Centro que aplicaría el **Mecanismo Complementario** establecido para resolver las controversias que se puedan plantear, por remisión de un tratado en particular, cuando uno de los Estados partes en dicho tratado no es parte del Convenio Constitutivo del Centro, lo que es regulado por el Reglamento del Mecanismo Complementario adoptado por el Consejo de Administración del Centro.

En la práctica venezolana se observa la referencia en algunos Tratados de Protección de Inversiones, suscritos en épocas en que Venezuela no había aún ratificado el Convenio de Washington de 1965, como sería el caso, entre otros, del Tratado bilateral suscrito entre Venezuela y Barbados, en 1994 y el Tratado bilateral de Protección de Inversiones suscrito con Canadá.

El Reglamento autoriza, en efecto, al Secretariado del Centro a administrar tres procedimientos que están fuera del ámbito de

aplicación del Convenio: El procedimiento de comprobación de hechos; b) el procedimiento de Conciliación y Arbitraje para el arreglo de una diferencia relativa a una inversión y c) el procedimiento de Conciliación y Arbitraje para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción de que se trate, no sea una transacción comercial ordinaria, todo lo cual está regulado en los tres v Anexos al Reglamento del Mecanismo.

El Secretario General, en estos casos, debe aprobar la solicitud, de conformidad con el procedimiento que se establece en el artículo 3 del reglamento citado.

4. El procedimiento en el marco de la CCI y del CIADI

a.Los procedimientos no jurisdiccionales

La **Cámara de Comercio Internacional** prevé un **procedimiento prearbitral**, regulado por normas establecidas en 1990 por la misma Cámara, al que las partes pueden recurrir de mutuo acuerdo, para que conozca con **urgencia**, una cuestión relacionada con un contrato. Las partes seleccionan el Arbitro ó "Referee" que se nombrado por el Presidente de la CIA quien, entre sus facultades puede solicitar medidas cautelares o provisionales ante el tribunal arbitral. Este mecanismo comprende la solicitud de las partes, la designación del "Referee" y su confirmación por la Corte, el procedimiento y la adopción treinta días después de la Orden, por el "Referee".

La CCI administra también el procedimiento **de Solución Amistosa de Controversia**s (ADR), que se traduce en mecanismos de mediación, de conciliación u otros no arbitrales o jurisdiccionales. El Reglamento ADR regula el procedimiento al que pueden recurrir las partes de mutuo acuerdo para que conozca una controversia comercial, sea nacional o internacional. Si la cuestión no es sometida conjuntamente, es decir, si una parte deposita una demanda ante la CCI, ésta debe transmitirla a la otra parte que aceptará o rechazará el mecanismo. En todo caso, el procedimiento solamente se podría activar, en base al consentimiento de las partes en la controversia.

Las partes, una vez de acuerdo, deciden sobre la designación de un Tercero que puede ser más de uno, lo cual será trasmitido a la Cámara. Las partes pueden también solicitar a la CCI la designación del Tercero después de la notificación hecha a la Cámara. Una vez designado el Tercero, las partes acordarán con él, en forma conjunta, el procedimiento ADR que se habrá de seguir. Si no hay acuerdo, el procedimiento a seguir será la mediación. El Tercero organiza el proceso que será en principio **confidencial y privado**, en forma imparcial, con la cooperación de buena fe de las partes.

Un Tercero, según lo establece el Reglamento ADR (7-3), no puede actuar como juez, árbitro, abogado, experto o representante o consejero de una de las partes, en otro procedimiento judicial, arbitral o similar éstos, relacionado con la misma controversia.

Tal como en otros procedimientos de conciliación internacional, ninguna de las partes, en principio, podrá utilizar en otro procedimiento, sea judicial o arbitral o de otra naturaleza, los documentos, declaraciones, comunicaciones que las partes hayan sometido al Tercero, así como las opiniones que hayan dado las partes y el Tercero durante el procedimiento, en relación con la solución de la controversia.

En el marco del **CIADI** se incluye también un procedimiento de conciliación, en base al artículo 28 del Convenio Constitutivo del Centro. Su funcionamiento está regulado, además, por las **Reglas de Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y de Arbitraje**, las **Reglas de Conciliación** y en el **Reglamento Administrativo y Financiero,** en el que se incluyen algunas disposiciones relacionadas con el procedimiento (arts. 23 a 30).

El mecanismo de la conciliación es **opcional**, como se prescribe en la Regla 1 de Iniciación; y, se activa solamente sobre la base del acuerdo de las partes. El Estado Contratante o la empresa pueden escoger uno de los dos mecanismos, conciliación o arbitraje, al momento de presentar la solicitud, como lo establece la misma Regla 1 que dice que "todo Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación o de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Convenio dirigirá a tal efecto una solicitud escrita al Secretario General, a la sede del Centro. **La solicitud indicará si se refiere a un procedimiento de conciliación**

o de arbitraje. Deberá estar redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado." (negrillas nuestras)

El Centro facilita los **conciliadores** mediante una Lista previamente establecida, aunque las partes de mutuo acuerdo pueden designar personas distintas a las incluidas en tales listas siempre y cuando no haya más de un nacional en el órgano de que se trate. Los conciliadores o árbitros, al igual que los jueces en tribunales internacionales, deben ser personas calificadas, con condiciones morales para ejercer sus funciones, a la vez que de reconocida competencia en el campo del Derecho; en el comercio; en la industria o en las finanzas e inspirar plena confianza en la imparcialidad del juicio, como lo establece el artículo 14 del Convenio. Cada Estado Contratante o parte del Convenio designará cuatro personas para cada una de las listas, por un período de seis años. En todos los casos, los conciliadores deberán ser de distinta nacionalidad, al mismo tiempo que ser representativas de los "principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica."

Después de la fase del **registro y notificación** y atendiendo el procedimiento se procede a la constitución de la Comisión que se compondrá de un Conciliador Único o de un número impar de conciliadores, los cuales será nombrados como lo decidan las partes (Art.29 del Convenio y Regla 1 de Iniciación). Si las partes no logran un acuerdo, la Comisión se compondrá de tres conciliadores, dos designados por las partes y un tercero de común acuerdo entre ellas, que la presidirá. Si la Comisión no se constituya en 90 días a contar de la notificación de la fecha del registro, el Presidente del Centro o el Secretario General, según proceda, designarán el conciliador o los conciliadores que para el momento no hubiesen sido designados. (Reglas 2 y 4 de Iniciación).

Una parte puede plantear ante el Secretario General una excepción en relación con la jurisdicción y la competencia. También, la misma Comisión lo puede hacer de oficio, con la Regla 29 del Procedimiento de Conciliación, lo que en ambos casos suspende de inmediato el procedimiento. La Comisión de Conciliación, al igual que un órgano arbitral, puede examinar la excepción planteada, conjuntamente con la cuestión de fondo. La decisión sobre la aceptación o no de la

excepción de jurisdicción o de competencia planteada por una parte, será expresada en un Informe de la Comisión.

El procedimiento de conciliación es un **procedimiento contradictorio**, organizado como tal, mediante resoluciones procesales (Regla 19 de Conciliación), en el que las partes participan y presentan sus posturas y documentos, al igual que ante un órgano jurisdiccional. La Comisión debe celebrar sesiones a más tardar a los sesenta días de su instalación, siempre en consulta con las partes. El procedimiento, en principio, a menos que las partes decidan distintamente, será también **confidencial y privado**, al igual que el resultado del procedimiento. Así como en los procesos de conciliación en general, las deliberaciones y los resultados no podrán ser utilizados por las partes en otros procedimientos, sean ellos diplomáticos, judiciales o arbitrales.

La **no comparecencia** tiene efectos relevantes e inmediatos en el procedimiento. En efecto, "si una de las partes no compareciere o participare en el procedimiento, la Comisión, después de notificar a las partes, declarará concluso el procedimiento y rendirá su informe en el que dejará constancia que la diferencia fue sometida a conciliación y que tal parte no compareció o participó."

El procedimiento de Conciliación, como veremos luego, puede terminar de diversas formas, pero su objetivo es en todos los casos "lograr una **avenencia**" por lo que debe realizar todos sus esfuerzos para ello, para lo cual las partes deben colaborar **de buena fe** (Regla 23).

(ii) El procedimiento arbitral

a. En el marco de la CCI

El procedimiento arbitral en el marco de la CCI **se inicia por demanda** depositada ante la Secretaría de la Corte. La Corte constituye un tribunal arbitral, en base al acuerdo de las partes de someter la controversia a la Cámara, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CCI.

La Corte Internacional de Arbitraje, como dijimos antes, no examina ni resuelve la controversia, aunque ejerce su control sobre el procedimiento y el laudo, como veremos luego. La Corte remite la controversia al tribunal arbitral que se constituye, aunque antes debe

apreciar que a *prima facie* hay una base de competencia convenida entre las partes, lo que no prejuzga sobre su admisibilidad. De todas formas, el tribunal arbitral decidirá sobre su propia competencia, como lo señala la Regla 6-5 de Arbitraje.

El tribunal arbitral estará integrado por uno o tres árbitros que en todos los casos deben ser independientes de las partes. Las partes pueden acordar un Arbitro Único que tendría que ser confirmado por la Corte; o, la constitución de un tribunal de tres árbitros. Si no hay acuerdo entre las partes acerca del número de árbitros, la Corte nombrará el Arbitro Único.

Una vez recibido el expediente, el tribunal arbitral, de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento de Arbitraje, elabora el **Acta de Misión** o **calendario de procedimiento** en el que se establece todo lo relativo a las partes y a las controversia, la sede del arbitraje, las normas aplicables al procedimiento y si fuere el caso, la facultad que le otorgan las partes para decidir como **amigable componedor** o para decidir en base a la **equidad.** Esta Acta, firmada por las partes, debe ser remitida a la Corte dentro de los dos meses, plazo que puede ser prorrogado por iniciativa de la misma Corte o a solicitud del tribunal arbitral. La firma del Acta supone que las partes, salvo que el tribunal lo decida de otra forma, no podrán someter ninguna otra demanda, sea principal o reconvencional.

El tribunal instruye la causa, organiza las audiencias, oye a las partes y convoca cuando sea acordado, expertos o testigos, para finalmente cerrar la instrucción, deliberar y adoptar la decisión o laudo arbitral, cuya naturaleza y alcance veremos más adelante.

Una parte puede no comparecer o rechazar participar en el proceso. Ello no afecta el procedimiento que continúa, como lo establece el artículo 6-8 del Reglamento de Arbitraje.

b. En el contexto del CIADI

En el contexto del CIADI, el procedimiento de **arbitraje** está regulado por las **Reglas de Iniciación** y las **Reglas de Arbitraje**, adoptadas por el Consejo de Administración del Centro. El procedimiento de arbitraje se **inicia** cuando una de las partes lo solicita por escrito al Secretario General del Centro.

Una vez recibida la demanda o el compromiso, el Secretario General lo comunica a la otra parte y ofrece la constitución del tribunal arbitral, en cuya designación jugarán un papel importante las partes en la controversia**.** Las partes deben actuar, en relación con ello, con toda diligencia, como lo dice la Regla 1 de Arbitraje. Por lo general son ellas las que deciden su designación, de conformidad con al Lista establecida, aunque puedan designar árbitros que no estén en dicha Lista siempre que cumplan con los requisitos a los que se hizo referencia antes, contemplados en el Convenio Constitutivo y con base a los artículo 37 y 38 del mismo texto.

Si no hay acuerdo entre las partes sobre el número y la modalidad para designar los árbitros, el Tribunal se compondrá de tres árbitros, designados por cada parte y el tercero designado por ellos dos, que presidirá el tribunal. Si luego de 90 días de la fecha de la notificación del acto del registro el tribunal no se constituye, el Presidente en consulta con las partes, designará el árbitro o los árbitros por designarse, lo cual es regulado con mayor imprecisión en la Regla 4 de Arbitraje. En ningún caso podrá haber dos árbitros de la misma nacionalidad (Art.39 del Convenio).

En algunas oportunidades las partes no logran un acuerdo para la constitución del tribunal, momento en el cual el Presidente del Consejo de Administración o el Secretario General del Centro pueden tomar una decisión sobre ello, en base, desde luego, a la solicitud de una de las partes y al acuerdo de ambas, lo que se ha planteado en diversas oportunidades, como por ejemplo, en el Caso de *Emilio Agustín Maffezini contra España*, en el que el demandante designó a T. Buergenthal como árbitro y el demandando a M. Wolf. Sin embargo, no hubo acuerdo para la designación del tercer árbitro por lo que las partes pidieron al Presidente del Centro su designación decidiéndose, luego de consultas con las partes, designar a F. Orrego Vicuña.

En un proceso arbitral se puede plantear la **recusación de un árbitro**, lo que debe ser resuelto por los otros árbitros pero siempre después de constituido el tribunal. El examen de una recusación consiste en un proceso contradictorio en el que las partes presentan sus opiniones, responden, presentan réplica y responden a ésta. Si los otros árbitros no llegan a un acuerdo, la cuestión se remite para su decisión, al Presidente del Consejo de Administración (art. 58 del

Convenio) que debe hacer todo lo posible por resolver la cuestión en treinta días (Regla 9-5 de Arbitraje).

En el Caso *PIP Sarl contra Gabón* (ARB/08/17), la parte demandada recusó al árbitro designado por la otra parte, por cuanto había presidido antes un tribunal arbitral en el que el mismo Estado había sido parte, un laudo, además, que había sido cuestionado por la demandada, Gabón en el caso, e incluso había solicitado su nulidad. El Presidente del Consejo de Administración resolvió la cuestión por decisión adoptada el 12 de noviembre de 2009, mediante la cual rechazaba los argumentos presentados por la demandada, para recusar al árbitro en cuestión. La parte demandada en este caso señalaba que el árbitro recusado, el señor Fadlallah, no garantizaba independencia, objetividad y equidad que se exigía los árbitros, todo ello por haber participado en un proceso anterior, en el que Gabón era parte. En la decisión por la que se rechazan los argumentos de la recusación, el Presidente del Consejo concluye que los dos casos no se referían a un mismo sector de actividades, ni implicaba los mismos elementos de hecho.

El tribunal arbitral decidirá su propia competencia sobre lo cual decidirá previamente si la parte demandada cuestiona la jurisdicción del Centro o la competencia del tribunal. Igualmente, el tribunal decidirá sobre la diferencia que se pudiere plantear en cuanto al **derecho aplicable,** tanto procesal como en relación con el fondo de la controversia. Si no hay acuerdo sobre ello, como lo dice el artículo 42 del Convenio, el tribunal aplicará la legislación interna del Estado parte, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado y las normas de Derecho Internacional Público aplicables e incluso, en base a la equidad, si las partes lo acuerdan, cuestión que veremos más detenidamente luego. Debemos subrayar que el tribunal no puede dejar de decidir por falta de una normativa aplicable o de su claridad.

El tribunal deberá celebrar su primera sesión a mas tardar 60 después de su constitución, a menos que las partes acuerden otro plazo. El Secretario General, en determinadas circunstancias, en particular cuando todavía no se hubiese designado el Presidente, y siempre en consulta con las partes, puede convocar la sesión.

Las **deliberaciones del Tribunal** son al igual que en el proceso conciliatorio antes descrito "privadas" y "secretas". Las sentencias no

pueden ser hechas públicas, si las partes no lo acuerdan. En el Caso citado de la *PIP Sarl contra Gabón* (ARB/08/17, una parte rechazó la publicación de un laudo anterior, en concreto, del laudo que hacía sido objeto de la recusación (Caso *Transgabonnais*, ARB/04/5) y el mismo no pudo ser hecho público y, por ello, no considerado para la decisión.

Al igual que en otros tribunales internacionales, el órgano arbitral puede conocer la causa sin que se presente una de las partes, lo que se denomina, **proceso en rebeldía**, como lo prevé el artículo 45, lo que no significa la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones. Si una parte no participa en el proceso, éste no debería detenerse. El tribunal deberá adoptar una decisión, más aún si así lo solicita la otra parte. El artículo 45 prevé también un lapso adicional para que la parte en rebeldía comparezca que el tribunal otorgará a menos que haya llegado a la conclusión de que ella no tiene intenciones de hacerlo.

La participación de **terceros,** una persona o una entidad, calificada de **parte no contendiente** es posible en un proceso arbitral en el marco del Centro, como lo prevé la Regla 37 de Arbitraje, siempre con el consentimiento de las partes en la misma. El tercero puede efectuar una presentación escrita en relación con la controversia. Además del consentimiento de las partes, para que el tercero pueda participar en el proceso, su aporte debe ser "útil" al Tribunal para la determinación de los hechos o del derecho. La "participación del "no contendiente" no puede perjudicar a una de las partes, lo que tendrá en cuenta el tribunal al momento de permitir su participación. Si ello fuera favorable a una de las partes, se estaría planteando un desequilibrio, a todas luces inconveniente y contrario a la transparencia y el equilibrio del proceso.

El procedimiento arbitral puede también ser suspendido, si una de las partes no cancela los gastos acordados del procedimiento tal como lo establece el artículo 14-3-a-i e inciso (e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Una vez cumplida la obligación financiera, el procedimiento es restablecido. En la práctica ello ha ocurrido. Así, por ejemplo, en el Caso de *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI

No. ARB/01/10) (Procedimiento de anulación) (Pár. 7 de la Decisión de enero de 2007).

c. **Procedimientos incidentales en el marco del arbitraje**

En el contexto de la **Cámara de Comercio Internacional** (CCI)) vimos antes que el Reglamento de Arbitraje rige el procedimiento en relación con una excepción preliminar, en el que se establece que la CIA debe considerar *prima facie* que hay una base de competencia suficiente para que la controversia pueda ser remitida al tribunal arbitral, aunque éste podrá considerar luego si hay o no jurisdicción o si es o no competente para conocer el asunto planteado.

El tribunal arbitral constituido puede adoptar, con el acuerdo de las partes y en cualquier momento, **medidas cautelares o provisionales**, según lo establece el artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de 2002 (art. 23 del anterior Reglamento, de 1998). La adopción de medidas se lleva a cabo en un proceso contradictorio que concluye con la adopción de un auto motivado o de un laudo, como lo dice el mismo artículo (Pár. 1). La solicitud y la ejecución de medidas cautelares o provisionales pueden hacerse, si las partes lo acuerdan, a "cualquier autoridad judicial" sin que ello signifique renunciar al procedimiento arbitral.

Las solicitud y la ejecución de medidas cautelares o provisionales pueden ser adoptadas también en el marco de un procedimiento ante un órgano arbitral administrado por el **CIADI**, similares a las referidas en el contexto de la CCI y a las que adoptan otros órganos jurisdiccionales internacionales, para proteger los intereses de las partes y evitar que una situación se agrave en perjuicio jurídico de una de ellas, tal como lo prevé el artículo 47 del Convenio que dice que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes."

El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje precisa el procedimiento a este respecto. Las partes pueden solicitarlas en cualquier momento para la "salvaguardia de sus derechos" (pár.1), a lo que el tribunal dará prioridad, incluso antes de que se decida la competencia, si fuere el caso (Pár.5 de la Regla 39). También, el

Tribunal puede adoptar tales medidas, de oficio e incluso recomendar otras distintas, asi como modificarlas o revocarlas. (Pár. 2 de la Regla 39). En este contexto, las partes podrán presentar, a solicitud del tribunal, sus observaciones sobre la solicitud de medidas provisionales o cautelares.

Al igual que en la CCI, en el contexto del CIADI las medidas cautelares pueden ser adoptadas por otro órgano judicial, incluso un órgano interno del Estado, sin que ello afecte la renuncia que se supone aceptan las partes, al recurrir al arbitraje, de no plantear el asunto ante otra instancia. Estas medidas pueden ser adoptadas por el tribunal en forma exclusiva, tal como lo expresa el párrafo 6 de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje que dice: "Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a **cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza** que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses." (subrayado nuestro)

Es interesante destacar que esta posibilidad es de aplicación general, lo que le inserta en el Derecho Comercial Internacional visto en su forma más amplia, lo que se confirma en el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI (2006) que dice que "no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas."

Así como en otros tribunales, el órgano arbitral constituido en base al Convenio y las Reglas del CIADI podrá conocer otras **incidencias procesales**, las cuales deberá decidir antes de considerar el fondo del asunto, a menos que, excepcionalmente, como ha ocurrido en la práctica, decida unir los procedimientos y resolverlos en forma conjunta.

Una de las partes podrá "podrá presentar una **demanda incidental o adicional o una reconvención** que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro" a menos que hayan convenido de otra forma,

como lo establece la Regla 40 de Arbitraje. La demanda incidental sólo podrá ser presentada antes de la Réplica y la reconvención, antes de la contestación, a menos que el tribunal lo autorice en etapa ulterior del procedimiento.

El tribunal arbitral en este mismo contexto puede conocer una incidencia en relación con la **jurisdicción y la competencia**, lo que deberá resolver, en principio, como dijimos, antes de abordar el examen del fondo, de conformidad con la Regla 41 de Arbitraje. Las excepciones preliminares sobre la jurisdicción y la competencia pueden plantearse en cualquier momento del procedimiento, bien sea de oficio por el mismo tribunal o a solicitud de una de las partes. Si se está en la consideración del fondo, el tribunal suspenderá la consideración del asunto hasta que se resuelva la cuestión de la jurisdicción y la competencia. El tribunal deberá adoptar una Decisión formal al respecto, aceptando o rechazando la solicitud planteada.

La parte que presenta la excepción debe hacerlo, según el parágrafo 1 de la Regla 41 de Arbitraje, "lo antes posible"; y, antes de presentar su Contramemoria. La jurisprudencia del Centro muestra que en varias oportunidades un tribunal arbitral ha rechazado excepciones planteadas sobre jurisdicción y competencia, por su presentación tardía (Caso *Generation Ukraine contra Ucrania)*. Otras veces lo ha aceptado, pero no en base al artículo 41-1, sino en base al artículo 41-2 que permite al tribunal decidir sobre su competencia en cualquier momento. (Caso *Meerapfel Sohne contra República Centroafricana* (ARB/07/10).

Se puede plantear también y ello constituye un procedimiento igualmente incidental, la **recusación** de un árbitro, planteada por una de las partes, lo que conduce a la suspensión de la instancia, de acuerdo con la Regla 9-6 de Arbitraje, como se acordó en el Caso antes citado de *PIP Sarl contra Gabón* (ARB/08/17).

6. El derecho aplicable

En el caso concreto de los **tribunales arbitrales de la CCI,** el **procedimiento arbitral** debe regirse, en principio, por el Reglamento de la Cámara. En caso de silencio, el tribunal determinará las reglas siempre compatibles con el procedimiento arbitral administrado por ella. Además del Reglamento, el tribunal puede aplicar las reglas que las partes hayan determinado en el compromiso arbitral, siempre que

ellas no colidan con el Reglamento de la CCI que "en todos los casos deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso." (Art. 19 del Reglamento de Arbitraje).

Respecto del **fondo**, en este mismo contexto, las partes, según el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2002), "podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas." En todos los casos, como se agrega en la misma disposición, el tribunal deberá tener en cuenta "las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes." Al igual que otros tribunales, éstos pueden decidir con base en el consentimiento de las partes, *ex aequo et bono.* Respecto del fondo, el tribunal arbitral puede aplicar, según el artículo 17 de las Reglas de Arbitraje de la CCI ya citadas, las normas jurídicas que las partes acuerden. A falta de acuerdo de las partes, precisa la misma disposición, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. Por supuesto, el tribunal aplicará las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes, pudiendo actuar de "amigable componedor."

En la práctica el árbitro ha recurrido al orden jurídico del Estado de la sede para construir el derecho aplicable. Así, por ejemplo, en su Decisión sobre el Caso 11024, el árbitro, quien tenía la facultad de determinar el derecho aplicable según el compromiso arbitral, encontró que el asunto en consideración planteaba un problema de Derecho Internacional privado que relevaba de los dos ordenamientos jurídicos, el de España y el de Argelia, es decir, el derecho en donde se habían efectuado los trabajos de reparación del barco (España) y el de la nacionalidad del barco (Argelia). En vista de la ausencia de convención internacional aplicable, el árbitro consideró que siendo Ginebra la sede del arbitraje y que siendo él mismo de nacionalidad suiza, lo más lógico era iniciar la construcción del derecho aplicable, en consideración de ello, lo que le llevó a considerar ante todo el Derecho Internacional suizo, a saber, la Ley federal suiza sobre el Derecho Internacional privado del 18 de diciembre de 1987 que a su vez remitirá, en cuanto al fondo, al derecho español.

Los tribunales abordan por lo general el derecho material que se debe aplicar, si de las normas que vinculan a las partes o del acuerdo a que hubieren podido haber llegado, no se logra su determinación. Así, por ejemplo, en el Caso 9636 (1998) el tribunal de la CCI debió determinar el derecho aplicable en la relación contractual entre una empresa francesa y Turquía. Para la demandante, el derecho aplicable era el francés por cuanto el contrato había asido firmado en Paris, el franco francés era la moneda de pago, Paris era el lugar del arbitraje y el idioma era el francés. La ejecución del contrato, sin embargo, era en Turquía lo que podía remitir al derecho turco, además de que había sido redactado en francés, lo que argumentaba Turquía para que se aplicara el derecho turco. El tribunal, después de examinar el derecho francés y el derecho turco, incluso el derecho europeo, determina que el derecho aplicable es el derecho turco por que el contrato tiene vínculos más estrechos con el derecho de Turquía, lo que constituye el criterio mas utilizado en la determinación del derecho aplicable, en los derechos inspiración romano-germánico y del *common law.*

El **tribunal constituido en el marco del CIADI,** por su parte, aplicará las normas del Convenio Constitutivo y las Reglas de Procedimiento, así como las materiales a las cuales remiten, para organizar y decidir sobre la controversia, aunque la voluntad de las partes, como se ha dicho, prevalece. En su defecto, es decir, si el tribunal no encuentra en la decisión de las partes sobre el derecho aplicable "aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables", de acuerdo con la regla 42 de las reglas de Arbitraje. En todos los casos, el tribunal deberá decidir, incluso, en caso de silencio en relación con las normas aplicables, y si las partes asi lo acuerdan, el tribunal podrá decidir *ex aequo et bono.* Las partes en la práctica, al suscribir el contrato e incluso en los TBI, escogen el derecho interno, el derecho internacional y los usos y costumbre mercantiles (*Lex mercatoria*).

Sin embargo, en determinadas circunstancias se aplican las reglas procesales de la **Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial**, a las que remite la **Convención Interamericana sobre**

arbitraje comercial internacional que precisa en su artículo 3 que "a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial" una institución d carácter privado creada en 1934, de la cual forman parte la mayoría de los Estados de la región. También puede remitir el tratado o el contrato de que se trate, a la Convención Modelo de la CNUDMI, ya referido.

7. El fin del procedimiento

a. En el marco de la CCI

Tal como vimos antes, en la CCI pueden las partes recurrir al arreglo amistoso o al procedimiento ADR. La controversia puede terminar en este contexto, mediante la firma de un Acuerdo entre las partes; cuando una de las partes decida no seguir participando en el procedimiento; cuando el Tercero considere que el procedimiento iniciado no resolverá la controversia; cuando expiren los plazos establecidos o cuando se reciba una notificación de la CCI de que no fue posible nombrar al Tercero. En cualquier caso, el cierre del procedimiento debe ser notificado por el Tercero a la Cámara la que informará de tal decisión a las partes.

El sistema de arbitraje de la CCI, como dijimos antes, reposa en la CIA y los tribunales arbitrales. Hemos visto la influencia y la participación de la Corte en la constitución y el funcionamiento del tribunal arbitral. Las controversias que se plantean a la Cámara no son resueltas por la Corte que tiene "la función de asegurar el cumplimiento del Reglamento." La Corte ejerce una **función de control, de supervisión**, sobre el tribunal arbitral que se evidencia en la obligación que tiene el tribunal de someter el proyecto de decisión a la Corte, para garantizar su validez y asegurarse de su ejecución. La Corte podrá "ordenar modificaciones de forma y respetando la decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia" (Art. 27 del mismo texto). Los laudos del tribunal deberá ser siempre sometidos a la consideración y aprobación de la Corte, en lo que respecta a la forma.

El proceso arbitral en la CCI puede terminar de diversas formas. En primer lugar, si la parte demandante renuncia o desiste del procedimiento, lo que se deduce si la misma "no opone reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de

cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal (...) o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje..." como lo prevé el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

El procedimiento puede concluir también, lo que es frecuente, con la adopción de un **laudo.** En efecto, después de cerrada la instrucción, en todo caso, cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso; y, de deliberar, el tribunal debe emitir un laudo arbitral dentro de los seis meses " a partir de la fecha de la última firma, del Tribunal Arbitral o de las partes, en el Acta de Misión o, en el caso previsto en el artículo 23(3), a partir de la fecha en que la Secretaría notifique al Tribunal Arbitral la aprobación del Acta de Misión por la Corte."

El laudo arbitral deberá ser dictado por la mayoría, cuando se trata de un tribunal compuesto por más de un árbitro (Art. 31 del Reglamento). Antes de ser firmado, el tribunal deberá remitirlo a la Corte que, como dijimos, "podrá ordenar modificaciones, de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia..." (Art. 33 del Reglamento). En todo caso, el laudo no podrá ser dictado sin que la Corte lo apruebe, en lo que respecta la forma.

El laudo arbitral será **definitivo** y es de obligatorio cumplimiento **para las partes**. El artículo 34 del Reglamento de Arbitraje **establece que "**Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente."

El mecanismo arbitral en la CCI prevé también la adopción de un **laudo por consentimiento,** si las partes lo acuerdan previamente. Se trata de un acvuerdo al que llegan después de iniciado el procedimiento, es decir, después que el expediente haya sido entregado al Tribunal Arbitral de conformidad con lo previsto en el artículo 16. Además del consentimiento de las partes, para que el tribunal pueda adoptar este laudo, éste debe estar de acuerdo con

dictarlo, como lo establece el artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara.

b. En el marco del CIADI

La Comisión de Conciliación constituida en virtud de las Reglas del CIADI puede concluir sus funciones, en primer lugar, si la misma decide que no es competente, lo que se decide dentro un proceso incidental en el que se examinan, si fuere el caso, las excepciones preliminares presentadas por la otra parte, en relación con la jurisdicción del Centro, cuestión que está regulada en la Regla 29 del reglamento de Conciliación.

También puede concluir el procedimiento, de acuerdo con la Regla de Iniciación 8, si la parte que solicita la conciliación, lo que es aplicable también al arbitraje, **retira la solicitud** mediante una notificación al Secretario General.

El procedimiento puede terminar también si las partes logran avenirse, lo cual deberá estar reflejado en un Informe en el que la Comisión deja constancia de tal **avenimiento.** También puede concluir el procedimiento si la Comisión misma, en cualquier momento, considera que **no hay ninguna posibilidad de llegar a un entendimiento sobre la controversia**. En este caso, la Comisión le comunica a las partes su decisión y la recoge en un Informe. Finalmente, es posible que una de las partes o ambas no comparezcan. En esos casos, la Comisión lo informa a ellas y si no hay objeción, el procedimiento queda concluido lo que se refleja también en un Informe de la misma Comisión que en todos los casos debe ser elaborado por ésta de acuerdo con las Reglas 32 y 33 del Reglamento citado.

El procedimiento arbitral en el contexto del CIADI puede también concluir bajo diversos supuestos. En primer lugar, si la parte demandante **retira** la solicitud, de acuerdo con la Regla de Iniciación No. 8, lo cual será comunicado sin retardo a la otra parte, por el Secretario General. También puede concluir mediante una **decisión preliminar**, relacionada con una cuestión de jurisdicción, competencia o admisibilidad.

Las partes pueden, por otra parte, llegar a una **avenencia**, de acuerdo con la Regla 43 de Arbitraje. Si el tribunal ha sido constituido, corresponde a éste dejar constancia del avenimiento. Distintamente, si

el tribunal no se ha constituido, será el Secretario General del Centro a quien le corresponde dejar tal constancia. Ello se hará mediante una resolución que se dictará si no hay objeciones de la otra parte.

El asunto puede también, según la Regla 44 de Arbitraje, terminar si una de las partes lo solicita al tribunal o al Secretario en los supuestos antes referido en relación con el avenimiento. Si **una de las partes solicita que se ponga término al procedimiento**, el Tribunal, o el Secretario General si aquel no se ha constituido todavía, fijará mediante resolución el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la terminación. Si no se formula objeción alguna por escrito dentro del plazo fijado, se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación y el Tribunal, o en su caso, el Secretario General, dejará constancia, en una resolución, de la terminación del procedimiento. Si se formula una objeción se continuará el procedimiento.

Igualmente, **si las partes dejan de intervenir** por un período de seis meses consecutivos "u otro plazo que puedan acordar" se debe entender que han decidido poner fin al procedimiento, de lo que debe dejar constancia el tribunal o el Secretario General, según el caso, mediante una resolución, lo que está regulado en la Regla 45 de las mismas Reglas procesales.

El tribunal arbitral puede, finalmente, concluir su procedimiento mediante la adopción de un laudo arbitral, adoptado por la mayoría de los árbitros, que como todos los laudos arbitrales resultan **obligatorios y definitivos**. E laudo debe ser **escrito y motivado.** Al igual que en las decisiones de los otros tribunales internacionales, los miembros pueden adjuntar **opiniones separadas o disidentes**, si comparten o no las conclusiones a las que llegare el tribunal.(Art.48 del Convenio).

Una de las características de los procedimientos en el marco del Centro, como dijimos al comienzo, es su **confidencialidad**, lo que se refleja en el mismo artículo 48, en el que se prescribe que el "Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes."

El tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, dentro de los 45 días siguientes de dictada el laudo "decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y **rectificar** los

errores materiales, aritméticos o similares del mismo" lo que "constituirá parte del laudo."

Si bien el laudo no puede ser objeto de apelación, el Convenio permite, a solicitud de una de las partes, que se **aclare** "su sentido o alcance", lo que podría ser conocido por el mismo tribunal e incluso por otro que se constituiría ulteriormente. Esta situación puede incidir en la ejecución del laudo que puede ser suspendida "si las circunstancias lo exigen."

El laudo puede ser **revisado** si se descubre **algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el laudo y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia,** según el artículo 51 del Convenio lo que es usual en las jurisdicciones internacionales, como vimos en Capítulos anteriores. La revisión puede hacerla el mismo tribunal u otro que se cree para ello, como en el caso de la aclaración. Esta situación también puede afectar su ejecución.

Lo más novedoso es quizás, la posibilidad de que el laudo sea **anulado** cuando se cumple uno de los previstos en el artículo 52 del Convenio: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde."

La solicitud de anulación puede suspender la ejecución del laudo si la Comisión *ad hoc* que se crea especialmente para ello considera que las circunstancias lo exigen. Si el laudo es confirmado, evidentemente, se ejecuta y se anulado, "la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal.."

En la práctica arbitral del CIADI se pueden apreciar demandas de nulidad de un laudo arbitral, para lo cual la parte demandante se dirige al Secretario General del Centro y éste, en virtud del artículo 52-3 del Convenio constituye un Comité *ad hoic* para que conozca la cuestión.

Es el Caso de la ***Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador***)(Caso CIADI No. ARB/01/10) (Procedimiento de anulación), en el que en base al artículo 52-1 del Convenio la empresa estatal ecuatoriana solicita la nulidad del laudo por porque el tribunal "injurídicamente y de manera manifiesta se extralimitó en sus facultades". La solicitud se fundamentó en que el tribunal **no habría tenido competencia para conocer y resolver la controversia** que había sido resuelta antes y en forma definitiva, con el carácter de cosa juzgada, por la Oficina administrativa correspondiente ; que la supuesta obligación pendiente de pago habría nacido del Contrato de Prestación de Servicios1 y no – como lo resolvió el Tribunal – de la cláusula 26.1, del Contrato de Participación o Modificatorio2 y su Anexo XI3 (considerandos 3-8); y que REPSOL carecía de facultades para demandar, por cuanto - como miembro del Consorcio de empresas petroleras- no obtuvo la autorización previa del Comité de Operación (considerando 13). (Párrafo 3 del laudo arbitral del diciembre de 2007). La solicitud, solicitada ante el Secretariado del Centro, hace suspender la ejecución de la sentencia, de conformidad con la Regla 54-2 de Arbitraje del Centro.

El tribunal decidió, después de examinar los argumentos de las partes, rechazar la solicitud de anulación del laudo presentada por Petroecuador el 20 de setiembre de 2004, por cuanto el Tribunal no cometió ningún error anulable y por lo tanto, el Comité constituido confirma la totalidad del laudo arbitral del 20 de febrero de 2004.

(ii) La ejecución del laudo arbitral

Los laudos arbitrales emitidos por los tribunales arbitrales creados en el marco de la CCI y del CIADI deben ser ejecutados por los Estados, como si hubiesen sido adoptados por un tribunal nacional, como lo prevé, en el caso del CIADI, el artículo 54-1 de dicho Convenio, exigiéndose para ello la presentación la copia certificada del laudo, emitida por el Secretario General del Centro. Las normas aplicables, precisa el artículo 54-3 serán las que en relación con la ejecución de las sentencias estuvieren en vigor en el Estado en el que se pretenda tal ejecución.

En la práctica los tribunales nacionales ejecutan las sentencias del Centro, como si fueran emitidas por un tribunal nacional, tal como se contempla en el mismo Convenio de Washington, lo que ha sido

confirmado en la práctica por muchas decisiones, entre ellas, recientemente, a título de ejemplo, la Decisión adoptada por la Corte de Distrito de Nueva York, que consideró que si bien era cierto que la ejecución de la sentencia no está regida por la Ley de Arbitraje Federal, ésta remitía a los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington. En la Decisión adoptada el 12 de junio de 2009, en el Caso SIAG contra la República Árabe de Egipto (M-82-WL 1834562, SDNY), la Corte de Nueva York reconoce el laudo del CIRDI, aceptando en los términos en que se precisa en dicha decisión nacional, la solicitud del demandante, es decir, el pago de la suma establecida en el laudo del tribunal arbitral. (*Les Cahiers de l'Arbitrage,* bajo la dirección de Alexis Mourre, Vol. V, p.761, Ed. Pedone, Paris, 2012).

Dos excepciones, sin embargo, podrían plantearse en cuanto a la obligación que tienen los estados Contratantes o Partes del Convenio de ejecutar el laudo emitido por un tribunal arbitral constituido en el marco del Centro. En primer lugar, cuando no es posible su ejecución dadas las normas nacionales y los compromisos internacionales asumidos por el estado territorial o de ejecución del laudo, en relación con las inmunidades. En efecto, las normas aplicables a la ejecución de la sentencia no podrán ser consideradas derogatorias de las leyes vigentes en el Estado Contratante no Parte, relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de cualquier Estado extranjero, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 del Convenio de Washington.

En segundo lugar y aunque no está contemplado expresamente en el Convenio, un laudo arbitral que colida con el orden público transnacional sería igualmente inejecutable, siguiendo lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación y Arbitraje. De ésta manera, al igual que en el contexto de las inmunidades, el orden público nacional y trasnacional podría constituir una limitación del arbitraje del Centro.

XI. Las controversias en relación con la propiedad intelectual

1. Naturaleza de las controversias planteadas y de los órganos de solución

Las controversias en relación con la propiedad intelectual, es decir, controversias entre personas privadas relacionadas con la propiedad industrial y los derechos de autor, ha sido preocupación constante de gobiernos y empresas. Hasta finales del siglo pasado, aunque algunos Convenios sobre la materia contemplaban cláusulas de solución de controversias, no existían mecanismos eficaces que garantizaran la solución de estas controversias, cada vez más frecuentes en las relaciones internacionales (1). Ante ello, incluso, algunos Estados adoptaron legislaciones internas para sancionar unilateralmente la violación de tales derechos en perjuicio de sus nacionales, como es el caso de los Estados Unidos, que adopta en 1970, una ley: Sección 301 de la *Trade and Tarif Act.*

Las controversias sobre la propiedad intelectual no se resolvían fácilmente, dada la ineficiencia de los Estados o la falta de interés para resolverlos. Se trataba o se trata de una materia sensible, dada las implicaciones comerciales e incluso políticas que genera, lo que motiva la creación, en 1994, en el seno de la OMPI, del Centro de Mediación y Arbitraje, un mecanismo alternativo de solución, flexible y particular, que veremos a titulo introductorio enseguida.

---

(1) Antes de la creación del Centro en 1994 se habían previsto cláusulas de solución de controversias en los Convenios que administra la OMPI, como serian, entre otros, los Convenios de Berna y de Paris, pero ellas se referían a las controversias que se pudiesen plantear entre los Estados Partes de esos instrumentos (artículo 33 del Convenio de Berna del 9 de setiembre de 1886, enmendado la última vez el 28 de setiembre de 1979, que prevé el recurso al arreglo judicial para la solución de las controversias que se pudieren plantear entre los Estados Partes. Y, de la misma manera, en el artículo 28 del Convenio de Paris del 20de marzo de 1883, enmendado también por última vez, el 28 de setiembre de 1979). El sistema de solución de controversias incorporado en estos instrumentos fue siempre objeto de crítica pues en realidad no era un sistema efectivo que facilitase la solución de las controversias sobre la propiedad intelectual, entre los particulares.

Mayor importancia aún cobra la materia, luego de que se incluyera en la Ronda Uruguay del GATT, de 1986, el tema "Aspectos de los derechos de propiedad intelectual vinculados con el comercio" que se traducirá en el Acuerdo ADPIC o TRIPS que, como vimos antes, constituye parte del derecho material de la OMC. La relación que se establece entre la propiedad intelectual y el comercio internacional define la necesidad de que las controversias en este contexto sean resueltas.

Etas controversias se refieren a **contratos:** licencias de patentes y de *software*, acuerdos de coexistencia en materia de marcas, acuerdos de distribución para productos farmacéuticos y acuerdos de investigación y desarrollo; y, a **cuestiones no contractuales**, como las relativas a las infracciones de patentes. En particular, hasta la fecha, la mayoría de los casos se refieren a nombres de dominio; patentes, marcas, derechos de autor, software; contratos de Licencia, I&D; transferencia de tecnología, *joint venture*, coexistencia de marcas, contratos de patrocinio.

La solución de estas controversias, entendidas como discrepancias jurídicas en cuanto a la interpretación o la aplicación de un contrato relacionado con la propiedad intelectual, se somete a un **mecanismo alternativo de solución** (ADR) que funciona de conformidad con las reglas de la OMPI, en particular, las contenidas en los Reglamentos de Mediación, de Arbitraje y de Decisión de un Experto del **Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización,** creado en 1994.

Dentro de las controversias relativas a la propiedad intelectual se plantean ciertas especificidades. Las partes pueden recurrir, en determinadas materias, para su solución, a mecanismos previstos en Reglamentos acordados especialmente por el Centro de Mediación y Arbitraje que ofrecen una etapa previa de acuerdo y recomendación y, si las partes lo acuerdan, tras la no solución de la cuestión, el arreglo judicial, el arbitraje o el arbitraje acelerado. Es el caso de las obras audiovisuales, por ejemplo, en el que a solicitud de la Asociación Internacional de Gestión Colectiva de Obras Audiovisuales (AGICOA), el Centro ha establecido un Reglamento en el que se prevé tales procedimientos de solución. Tal particularidad se observa también en las controversias relacionadas con el **sector del cine y los**

medios de comunicación y con los **derechos de los productores audiovisuales,** en relación con los cuales se han elaborado Reglamentos específicos.

Las partes, es decir, las entidades privadas, sean personas jurídicas o naturales, en una controversia de esta naturaleza, pueden decidir el sometimiento de la misma a la **mediación** , al **arbitraje** o a la **Decisión de un Experto**, como veremos más detenidamente luego, en base a una cláusula contractual, anterior al surgimiento de la misma; o de un acuerdo particular, para resolver una controversia surgida entre ellas. El consentimiento exigido a los mecanismos en general, es igualmente válido en este contexto, como veremos enseguida.

El Centro administra los procedimientos de conformidad con los Reglamentos adoptados para ello, que abarcan cuestiones de organización y de carácter procesal. El Centro tiene algunas funciones de carácter general en la organización de los procedimientos y otras relacionadas más estrictamente con el proceso. Así, por ejemplo, en el marco de la mediación, si las partes no están de acuerdo sobre un mediador, sea individual o de varios mediadores, el Centro deberá ayudarles en el proceso de designación en base a la lista de mediadores y árbitros. Por otra parte, el Centro brindará a las partes ayuda logística, al facilitarle los espacios para las reuniones, servicios de interpretación y de traducción y de secretaría, se desarrolle en la sede o fuera de ella. Además, el Centro brinda a las partes asistencia en cuanto a la determinación de los honorarios del o los mediadores.

El Centro tiene ciertas **facultades y funciones de carácter procesal** que se establecen en los respectivos Reglamentos. En el marco de la **mediación,** por ejemplo, el Centro tiene la función de recibir la solicitud de mediación y de transmitirla a la otra parte, lo que determina la fecha del inicio del procedimiento, fundamental para el establecimiento de los plazos. Puede también el Centro, en caso de que no haya acuerdo sobre la designación del mediador, designarlo en consulta con las partes. El Centro mantendrá la confidencialidad del proceso y de sus conclusiones y asistirá a las partes en cuanto a la fijación de los honorarios del mediador.

En el marco del **proceso arbitral**, entre otras, el Centro tiene la función de recibir la solicitud de una demanda y de notificar a la otra parte sobre la misma. El Centro puede también, discrecionalmente,

determinar acerca del número de árbitros, si considera que no es apropiado que el tribunal esté integrado por un solo árbitro. También puede el Centro, en este mismo contexto, extender por iniciativa propia los plazos a que se refieren algunas disposiciones del Reglamento, según su artículo 4.g. El Centro puede asesorar al tribunal para garantizar que el laudo arbitral que se adopta la concluir el proceso, es ejecutable.

En los procedimientos en el que participa un **Experto para una Decisión**, el Centro tiene también determinadas funciones. Así, por ejemplo, puede designar el Experto para que decida la cuestión, si las partes no se ponen de acuerdo para ello; además, fija sus honorarios y los plazos para su cancelación.

No estamos ante simples controversias entre particulares, ajenas al Derecho Internacional. Por el contrario, la regulación de las materias mediante tratados internacionales, su relación con el comercio internacional, la participación, por lo general, de entidades de distinta nacionalidad, la posibilidad de aplicar distintos derechos nacionales y reglas internacionales relacionadas con el arbitraje, así como su sometimiento a mecanismos políticos y jurídicos, como la mediación y arbitraje, administrados por un órgano creado en el marco de una organización internacional como la OMPI, justifica la inclusión del tema en este texto, en el que se intentan examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con la solución de las controversias internacionales en distintos escenarios internacionales.

2. Mecanismos de solución de controversias

El Centro de Mediación y Arbitraje prevé mecanismos **de solución alternativa de controversias o *Alternativa Disputes Resolution* (ADR),** procedimientos que tienen características propias, como lo señalamos antes, al examinar los Centros de Mediación y Arbitraje que funcionan a nivel nacional para considerar controversias de naturaleza comercial. Podemos resumir esas características así. En primer lugar, se trata de un procedimiento único que evita el tratamiento multijurisdiccional de la cuestión; en segundo lugar, las partes tienen una gran influencia en los mecanismos que se contemplan; en tercer lugar, son procedimientos confidenciales, lo que

otorga ciertas ventajas a favor del carácter de las discusiones por las partes y sus relaciones en el ámbito de que se trate, aunque también, como en otros contextos, desventajas que se traducen en la imposibilidad de que se divulguen los planteamientos y las conclusiones de las partes y del mediador o del arbitro; en cuarto lugar, los acuerdos y laudos a los que se llega son definitivos y vinculantes, aunque como veremos puedan ser rectificados en determinadas circunstancias, a la vez que son reconocidos en igualdad de condiciones que las decisiones de los tribunales nacionales ordinarios.

Los mecanismos que administra el Centro son: La **mediación y la mediación seguida de arbitraje** (a), **el arbitraje y el arbitraje acelerado** (b) y **Decisión de un Experto** (c), a los cuales nos referimos en forma general y referencial, enseguida.

a. Mediación y mediación seguida de arbitraje

i. Características generales y sus diferencias con el arbitraje

Mientras que mediante el arbitraje, un procedimiento más rígido, la solución se basa en el derecho, con la mediación se busca el arreglo que más convenga a las partes y esa flexibilidad es precisamente una de sus características más importantes de esta. Estamos ante dos mecanismos distintos con un mismo fin: la solución de la controversia. Una característica común es que ambos recursos sólo pueden ser activados con el consentimiento de las partes; y, una diferencia fundamental, es que en la mediación el "mediador" no puede imponer una decisión; su papel es propiciar la negociación, acercar las partes y lograr un acuerdo, siempre sin imposición alguna, mientras que en el arbitraje, la decisión del árbitro es ajena a la voluntad de las partes.

Al decir de Fernández Ballestero "la mediación es una opción atractiva para aquellas partes que tienen un especial interés en preservar o mejorar su relación comercial, que desean mantener el control sobre el proceso de solución de la controversia y que valoran la confidencialidad o aspiran a alcanzar una solución rápida sin dañar su reputación." (FERNANDEZ BALLESTERO, C., *El Sistema de*

solución de diferencias de la OMPI: El Centro de Mediación y Arbitraje, en la obra colectiva: *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: Enfoques multilaterales y regionales,* p. 116, BID/INTAL, Buenos Aires, 2004).

Las actuaciones en el marco de la mediación son **confidenciales**, a menos que las partes lo consideren distintamente. Por lo general, en la mediación, las reuniones son privadas y no se dejan actas de ellas. Se entiende que la confidencialidad obliga al mediador, a las partes y sus representantes, a los expertos y a toda persona que haya participado en el procedimiento, para lo cual suscriben antes un documento en el que se comprometen a tal confidencialidad. Incluso, al finalizar el procedimiento, si las partes no deciden otra cosa, todos los documentos y pruebas serán entregados y eventualmente destruidos, lo que busca garantizar dicha confidencialidad. En principio también, pues las partes pueden convenir distintamente, ellas no pueden utilizar los planteamientos y resultados del procedimiento de mediación, en procesos ulteriores.

ii. El carácter consensual de la mediación

El **recurso a la mediación** es consensual. Sabemos que los mecanismos de solución de controversia, como lo vimos en su oportunidad, se activan solamente cuando las partes en una controversia han aceptado previamente el recurso. La voluntad de las partes es esencial y ella se expresa en un **acuerdo de mediación** que puede adoptar la forma de una **cláusula de mediación** en un contrato, antes de que surja la controversia; o, la de un **acuerdo separado**, después que se plantee la misma, como lo dice el artículo 1 del Reglamento de Mediación. La OMPI aprobó a este propósito una **cláusula modelo** de mediación en 1993 (Documento ARB/WG/III/5), en la que se especifica que: "Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI."

En el compromiso, según la cláusula modelo, se precisaría el lugar del arbitraje, el idioma y el derecho aplicable. También, se puede acordar que la controversia sea sometida por una de las partes al arbitraje, es decir, una cláusula de aceptación obligatoria del arbitraje, si no se resuelve la controversia mediante la mediación. Se precisa que si en 60 o 90 días una de las partes no participa en el procedimiento la controversia "será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una petición de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI."

iii. Designación y funciones del mediador

De acuerdo con los artículos 6 y 7 del Reglamento, las partes escogen al mediador o solicitan de mutuo acuerdo su designación por el Centro. El **mediador será neutral, imparcial e independiente**, como lo expresa el artículo 7 del Reglamento y debe tener ciertas características personales que le permitan ejercer esa función, además la formación técnica y después la experiencia.

Tal como dijimos antes, el mediador no tiene la facultad de adoptar una decisión, si no una **recomendación** en base a las negociaciones entre las partes, en las cuales participa como tal, como lo prescribe el artículo 13 del Reglamento que se traduce en un acuerdo o contrato. El mediador puede ejercer dos tipos de funciones. Por una parte, puede **facilitar** el acercamiento entre las partes y mostrar a una de ellas las posiciones de la otra; y, por la otra, **evaluar** las posiciones de ambas partes que estas pueden o no aceptar. El mediador debe, en todo caso, promover un acercamiento entre las partes, es decir, sentar a las partes en una mesa de negociación; en segundo lugar, debe reunirse por separado con ellas para promover el acuerdo entre ellas acerca de la solución de la controversia y, por último, buscar el consenso entre las partes.

Al mediador se le imponen también ciertas **obligaciones.** Entre otras, el deber de reunirse con las partes para conocer las posiciones de ellas, sobre lo cual no podrá informar a la otra parte, a menos que esa parte lo considere de esa forma. Igualmente, el mediador no podrá participar como tal, según el artículo 20 del Reglamento, en un

procedimiento judicial, arbitral u otro, en curso o en alguno que se presente más tarde, vinculado a la cuestión de la controversia salvo que lo exija un tribunal o si las partes lo autorizan por escrito.

iv. El procedimiento de la mediación: inicio, desarrollo y conclusiones

El mecanismo de la mediación se **inicia** cuando una de las partes, en base a un acuerdo previo, lo solicita por escrito al Centro, iniciativa que debe hacerse del conocimiento de la otra parte (Art. 3 del Reglamento de Mediación). El procedimiento será el acordado por las partes, lo que reafirma en el principio predominante de la voluntad de las partes, aunque si ello no ocurriese, el mediador está facultado para ordenar el procedimiento que en todos los casos deberá contar con el apoyo de buena fe al mediador para que este concluya con la "mayor prontitud y eficacia". (art.10 del Reglamento).

El procedimiento de la mediación **concluye,** como dijimos, por lo general, en un acuerdo o contrato entre las partes, referente a la totalidad de la controversia o a parte de ella, que resulta vinculante para las partes, como lo expresa el artículo 18 del Reglamento. El procedimiento puede también concluir, cuando el mediador estima que por la mediación no se resolverá el litigio o por decisión de una de las partes, expresada por escrito, hecha después de la primera reunión con el mediador y antes de que se firme la transacción.

El mediador puede ofrecer otros mecanismos de solución si mediante la mediación no se logró el acuerdo, como lo autoriza el artículo 13 del Reglamento. Así, cuando el mediador estime que "cualquiera de las cuestiones controvertidas (…) no puedan ser resultas a través de la mediación, podrá proponer a las partes, otros procedimientos o medios, en particular a varios procedimientos. En primer lugar, podrá someter una o varias cuestiones específicas, a la determinación pericial. En segundo lugar, al arbitraje. En tercer lugar, podrá proponerle a las partes la presentación de ofertas finales de solución y la realización de un arbitraje sobre la base de esas ofertas definitivas y con arreglo a un procedimiento arbitral en el que la

misión del tribunal arbitral se circunscriba a determinar cuál de las ofertas finales prevalecerá.

Y, finalmente, el mediador puede sugerir un arbitraje en el que él actúe, con el consentimiento expreso de las partes, como árbitro único, entendiéndose que podrá tener en cuenta en el procedimiento arbitral la información recibida durante la mediación, según lo prevé el artículo 13.b.iv del Reglamento de Mediación.

b. **El arbitraje y el arbitraje acelerado**

Las controversias planteadas en el marco de la propiedad intelectual pueden también ser sometidas al arbitraje, bien, como dijimos antes, tras el fracaso de la mediación, siempre en base al acuerdo de las partes; o, si estas lo acuerdan como el medio para solucionar la controversia. En ese caso, como veremos, el arbitraje puede ser además, **acelerado,** modalidad que se aplica a las controversias que se puedan plantear en relación con la interpretación o la aplicación de la cláusula por la que las partes aceptan el recurso a un medio de solución.

El arbitraje en la OMPI en cualquiera de sus modalidades no se separa del arbitraje en general examinado antes. Un mecanismo jurisdiccional al que se recurre en base al consentimiento y en el que los árbitros, elegidos por las partes, son independientes y adoptan decisiones en base al derecho, que tienen el carácter de definitivas y vinculantes para las partes. El arbitraje en el contexto de la OMPI está regulado por los Reglamentos adoptados por la Organización y es administrado por el Centro de Mediación y Arbitraje, siempre que el acuerdo de arbitraje contemple el procedimiento en virtud de ese Reglamento y siempre que no colida con una norma que las partes no puedan derogar, como lo expresan los artículos 2 y 3 del Reglamento de Arbitraje.

i. Integración del tribunal arbitral: recusación, renuncia y sustitución

El tribunal arbitral estará integrado por uno o tres árbitros, de acuerdo con la voluntad de las partes. Si no hay acuerdo sobre la designación, el Centro puede proceder a la designación, como lo prevén los artículos 14 y siguientes, en particular el artículo 19 del mismo Reglamento que establece la facultad para hacerlo (a) y el procedimiento (b).

El árbitro, como en todos los casos, debe ser "imparcial" e "independiente", lo que debe ser justificado antes del proceso y durante el mismo, si se llegaren a plantear dudas acerca de tal imparcialidad e independencia; además, el o los árbitros se comprometen a actuar con "rapidez y eficacia".

Es posible, como en todo proceso arbitral o judicial, que una de las partes plantee la **recusación** del árbitro o de uno de ellos. La parte que plantea la recusación debe hacerlo por escrito, dentro de los quince días siguientes de haber sido notificado del nombramiento de dicho árbitro (art.25 del Reglamento), lo que puede ser también refutado por la otra parte en un plazo de 15 días (art.26 *ejusdem)*, todo lo cual no obliga al tribunal a suspender el procedimiento (art. 27). Un árbitro puede **renunciar,** para lo cual se establece también un procedimiento, en los artículos 30 a 32 el mismo texto. **El árbitro es sustituido** por las partes o por el Centro según proceda, como es establecido en los artículos 33 y 34 el Reglamento, ante lo cual queda facultado el tribunal para decidir si se repite o no una de la audiencias ya celebradas.

ii. La competencia del tribunal

La competencia del tribunal se basa en el acuerdo o compromiso arbitral, en el que se especifica el alcance de la controversia. Sin embargo, aunque haya un acuerdo, una de las partes puede cuestionar la competencia del tribunal arbitral que se cree, especialmente relacionada con la forma, la existencia, la validez o el alcance del acuerdo, al momento de contestar la demanda o de una reconvención o de una excepción compensatoria, lo cual debe ser

resuelto por el mismo órgano bien antes de conocer el fondo o al pronunciar el laudo.

iii. Inicio y desarrollo del proceso arbitral

El procedimiento arbitral se inicia mediante una "solicitud de arbitraje" por una de las partes, de acuerdo con lo expresado en el artículo 9 del Reglamento, a lo cual debe responder el demandado en un plazo de 30 días, según el artículo 11 del mismo texto. Luego, el demandante debe presentar el "escrito de demanda" según el artículo 41 y la parte demandada debe responder, en un plazo de 30 días, de acuerdo con el artículo 42 del Reglamento. Después, si el escrito de la demanda no viene con la solicitud de arbitraje, el demandante tiene 30 días para presentarlo, el cual podrá ser enmendado y completado a menos que el tribunal lo considere inconveniente; y el demandante, dentro de los 30 días de la notificación, debe contestarla, al igual que cualquier reconvención o escrito de compensación si fuere el caso, aunque estos escritos pudiere presentarlos después, durante el proceso, cuando lo determine el tribunal, e incluso completarlos o enmendarlos, con la autorización del tribunal.

El tribunal puede, a solicitud de una de las partes, acordar mediante un "laudo provisional "**medidas provisionales o conservatorias**, incluidas las **cautelares**. Además, podrá, según el artículo 46 del Reglamento, también a solicitud de una de las partes, solicitar a una de ellas, una garantía "para asegurar los resultados de la demanda o de la reconvención, así como para asegurar las cosas a que se hace referencia en el artículo 72."

El arbitraje se celebrara en principio en donde las partes convengan. A falta de acuerdo, el Centro puede determinar el **lugar,** siempre en consulta con las mismas. Las audiencias serán celebradas en donde las fije el tribunal, siempre en consideración de la opinión de las partes y de acuerdo con las circunstancias del arbitraje (art.39 del Reglamento). Las audiencias para la presentación de pruebas testimoniales, incluso de peritos, o para la argumentación oral o para ambas cosas, se celebraran por convocación del tribunal, a solicitud de una de las partes. (Art. 53 del Reglamento).

Al igual que en otros procedimientos, el proceso en rebeldía es probable y puede concluir con una decisión del tribunal. El proceso se desarrolla por lo general con la presencia y la actuación de las partes; sin embargo, una de ellas puede dejar de hacerlo al no contestar la demanda o al no hacer valer sus derechos en los plazos establecidos por el tribunal, sin justificación alguna. En esos casos, el tribunal puede continuar el proceso e incluso sacar sus conclusiones respecto de la controversia, como lo expresa el artículo 56 del mismo texto.

En el ámbito arbitral la **confidencialidad** se define como información que esté en posesión de una de las partes; que no esté al alcance del público; que sea de importancia comercial financiera e industrial y que sea considerada confidencial por la parte que lo presenta, como lo estipula el artículo 52 del Reglamento de Arbitraje. Una parte puede invocar la confidencialidad de una información, lo cual debe decidir el Tribunal que determinara "en qué condiciones y a quien podrá divulgarse esa información confidencial en parte o en su totalidad…" El tribunal puede de oficio nombrar un asesor en la materia para que determine si dicha información puede ser clasificada de confidencial.

El sometimiento al arbitraje supone le renuncia de las partes a plantear la misma cuestión a un tribunal o cualquier otro órgano nacional. Las partes no pueden, en efecto, recurrir a los tribunales ordinarios para que conozca de la controversia, como se plantea en otros mecanismos arbitrales antes examinados. Sin embargo, puede una de ellas solicitar a una autoridad judicial la adopción de medidas provisionales sin que sean incompatibles con el acuerdo de arbitraje; como tampoco que representa tal acción de una de las partes, una renuncia a ese acuerdo.

El procedimiento arbitral concluye por lo general, cuando el órgano adopta el laudo, cuyas características veremos luego. Después de la presentación de los argumentos y de las pruebas, se cierran, en principio, las actuaciones, aunque ellas pueden ser abiertas de nuevo a solicitud de una de las partes o por iniciativa del tribunal (art. 57 del Reglamento).

iv. El arbitraje acelerado

El **arbitraje acelerado** es una modalidad particular de solución de controversias en el ámbito de la propiedad intelectual. Se recurre en casos que se consideran de solución urgente. Se trata de un procedimiento particular que difiere del arbitraje ordinario, especialmente en cuanto a plazos que buscan todos la celeridad del proceso, sin separarse d la eficacia del procedimiento.

En el caso del arbitraje acelerado, la solicitud de arbitraje debe presentarse conjuntamente con la demanda, distintamente a lo que se plantea en el arbitraje ordinario que prevé entregas separadas. Lo mismo ocurre con la respuesta de la parte demandada que debe abarcar tanto la respuesta a la solicitud del arbitraje como la demanda. Además, el plazo establecido en el procedimiento ordinario de 30 días, se reduce a 20 en el procedimiento acelerado. El tribunal arbitral ordinario puede estar constituido por uno o tres árbitros, mientas que el tribunal constituido en el marco del procedimiento acelerado, debe estar integrado por un solo arbitro. Las audiencias, en el primer caso, serán fijadas por el tribunal sin determinación de lapso alguno, mientras que en el procedimiento acelerado, se fija dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud de la demanda. El cierre de las actuaciones se reduce de 9 meses a 3 meses y la emisión del laudo será dentro del mes siguiente al cierre de las actuaciones, mientras que en el procedimiento ordinario, el plazo es de tres meses.

v. El derecho aplicable

El órgano arbitral aplicara para la solución sobre el **fondo** de la controversia el derecho que las partes decidan, aunque aplicara en todos los casos "cualquier contrato pertinente" y cualquier "uso mercantil". Puede también el tribunal arbitral, si las partes lo solicitan expresamente, decidir como *amiable compositeur* o *ex aequo et bono*. En cuanto a las **reglas procesales**, el tribunal aplicara las reglas del lugar del arbitraje"a menos que las partes hayan acordado expresamente la aplicación de otra ley de arbitraje y que ese acuerdo este permitido por la ley del lugar del arbitraje."

vi. La conclusión del proceso: La decisión arbitral, el acuerdo de las partes y la imposibilidad de que se adopte un laudo o un acuerdo entre las partes

El proceso arbitral puede concluir con la adopción de un laudo, por el acuerdo de las partes o porque se considera que es imposible que el procedimiento pueda concluir por una de esas vías.

Después de las audiencias y cerradas las actuaciones, el tribunal adopta el **laudo** que puede ser **preliminar, provisional, interlocutorio, parcial o definitivo**. Si el está integrado por tres árbitros, el laudo debe ser suscrito por la mayoría. Distintamente, y esto es una característica muy propia del arbitraje en este contexto, "el árbitro presidente dictará el laudo como si fuera arbitro único" como lo prevé el artículo 62 del Reglamento.

En el laudo arbitral, que debe presentarse por escrito, deben precisarse la fecha y el lugar. Debe ser razonado, aunque las partes pueden acordar que "no no se dé ninguna razón y que la ley aplicable al arbitraje no exija que se den razones.' (art. 62-c del Reglamento) lo que también constituye una particularidad del arbitraje en este contexto.

El laudo arbitral es definitivo, aunque puede ser rectificado cuando se considere que hay un error o el objeto de un laudo adicional cuando se considere que algunas cuestiones no fueron reflejadas en el laudo.

Las partes se comprometen, al aceptar el arbitraje, a cumplir con el laudo que será obligatorio a partir del momento de la notificación por parte del Centro "sin demora". Las partes renuncian, además, a cualquier forma de apelación o recurso ante un tribunal de justicia o cualquier otra autoridad judicial en la medida en que dicha renuncia pueda efectuarse en forma valida en virtud de la ley aplicable" como lo expresa el articulo 64-1 del mismo Reglamento.

c. **Decisión de un Experto**

Una controversia en este contexto puede ser también sometida a la **Decisión de un Experto**, si las partes así lo acuerdan, de conformidad con el Reglamento correspondiente. Estamos ante un procedimiento alternativo igualmente **consensual** y **confidencial.** El procedimiento de "Decisión de un Experto" es definido como "un procedimiento en el marco del cual un litigio o una controversia entre las partes es sometido, por acuerdo de las partes, a uno o varios expertos que dan una decisión de experto sobre la cuestión sometida al procedimiento." (Documentos oficiales del Centro).

La solicitud es presentada, por lo general, en forma conjunta. Sin embargo, una sola parte puede presentar una solicitud al Centro y en ese caso, la parte que no ha solicitado dicho procedimiento debe responder a la solicitud, dentro de los 14 días siguientes al inicio del procedimiento, según lo establece el artículo 7 del Reglamento de Decisión de Experto.

El Experto, como el árbitro y el mediador, deben ser "imparciales" e "independientes" y dirigirá el procedimiento "como mejor lo considere apropiado" según el artículo 13 del Reglamento. El Experto garantizara la **igualdad de las partes** en el proceso, así como un procedimiento eficaz y rápido. También en este marco, de conformidad con las reglas establecidas, el Experto puede ser **recusado** por una de las partes, así como también **renunciar** a su nombramiento.

Si una de las partes no participa o no responde en las actuaciones, el proceso puede continuar e incluso, al igual que en el proceso arbitral, el Experto puede dictar sus conclusiones, según el artículo 14 del Reglamento.

El Experto goza de una margen amplio apara adoptar su **decisión**. En efecto, según el artículo 16 del mismo texto, el experto "podrá basar su decisión, en particular, en: i) cualquier información que haya sido presentada por las partes; ii) la propia especialización y experiencia del experto; iii) cualquier información que el experto considere relevante al efecto."

El Experto puede dictar **decisiones provisionales o parciales** basadas en las informaciones suministradas por las partes, su

experiencia y cualquier que el experto considere pertinente, como lo dice el artículo 16 del Reglamento. En principio, si las partes no se oponen, la decisión del Experto es **vinculante,** aunque las partes dentro de los 30 días siguientes a la notificación por el Centro de la decisión del experto, pueden pedir su **rectificación**, por error de copia, tipográfico o de cálculo, según el artículo 16 g) del mismo texto.

BIBLIOGRAFIA

Textos generales

BARBOZA, Julio.,Derecho Internacional Público, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999.

BARIATTI, S., CARBONE, S y otros autores, Istituzioni di Diritto Internazionale, Ed. Giappichelli, Torino, 2011**.**

BROWNLIE, I., Principles of International Law, 5ª. Ed. Oxford, 1998.

CARBONNE, S. y otros, Instituzioni di Diritto Internationale, Ed. Giapichelli, Turin, 2006.

CASSESE, A. Diritto Internazionale. Il Mulino, Bologna, 2006.

CANAL-FORGUEZ, E y RAMBAUD, P. Droit International Public, Ed. Flammarion, Paris, 2007.

COMBACAU, J y SUR, S. Droit International Public, 8e.éd. Paris, Montchrestien, 2008.

CONFORTI, B., Cours Général de Droit International Public, RCADI, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 1998.

DAILLIER, P; FORTEAU, M y PELLET, A. Droit International Public, LGDJ, Paris, 2009.

DECAUX, E., Droit International Public, 2ª. Ed., Dalloz, Paris, 1999.

DE VISSCHER, E., Droit International Public, Théories et réalités en droit international, Pédone, Paris, 1953.

DIAZ BARRADO, C.M, El Derecho Internacional del tiempo presente, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.

DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Péblico, 16ª. Ed, Madrid, 2009.

DUPUY, P-M, Droit International Public, Dalloz, Paris, 1995.

GAVIRIA LIEVANO, E., Derecho Internacional Público, Bogotá, Temis, 1998.

GUGGENHEIM, P., Droit International Public, Vol. I, Georg, Ginebra, 1953**.**

GUTIERREZ ESPADA, C y CERVELL HORTA, M.J, El Derecho Internacional en la Encrucijada, Ed.Trotta, Madrid, 2008.

MAHIOU, A, Curso General de Derecho Internacional **:** Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité, RCADI, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2009.

MONACO, R y CURTI GIALDINO, C., Manuale de Diritto Internazionale Pubblico, Wolters Kluwer, Italia, 2009.

PODESTA COSTA, L y RUDA, J.M., Derecho Internacional Público,, Tipográfica, Buenos Aires, 1985.

REMIRO BROTONS, A et al., Derecho Internacional Público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRIGUEZ CARRION, A.J., Lecciones de Derecho Internacional Público, 6ª. Ed, Tecnos, Madrid, 2006.

ROUSSEAU, Ch., Droit International Public, Vol. I, Sirey, Paris, 1971.

ROSENNE, S., The Perplexities of Modern International Law, Vol. 291, RCADI, 2001.

SEARA VAZQUEZ, M., Derecho Internacional Público, México, Porrúa, 2004.

SIEBERT, M., Droit International Public, Dalloz, Paris, 1951.

SORENSEN, M. ,Derecho Internacional Publico, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.

TRUPP, K., Droit International Public, Vol. I, Paris, 1930.

TREVES, T., Diritto Internationale, Problemi fondamentali, Giufré, Milán, 2005.

VERDROSS, A., Derecho Internacional Público, Aguilar, Madrid, 1967.

Obras y artículos especializados

ALJGHOUB, M. The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005, Springer, Berlin, 2006.

BASTID, S., Les traité dans la vie internationale, Economica, Paris, 1985.

BETATTI, M., Récrutement et carriere des fonctionnaires internationnaux, RACDI, 1983, pp: 171-444.

Diccionario de Derecho Internacional, El Nacional, 2ª. Ed., Caracas, 2012.

Dictionnaire de la términologie de droit international, Paris, Sirey, 1960.

Colloque du Mans, Le sujet en droit international, Sociedad Francesa de Derecho Internacional (SFDI), Ed. Pedone, Paris, 2005.

Colloque de Poitiers, Droit International et nationalité, Sociedad Francesa de Derecho Internacional (SFDI), Pedone, paris, 2012.

CAFLISCH, L., Cent ans de réglement pacifique des différends intéretatiques**, RCADI de La Haye.** T. 288 (2001).

COT, J-P, PELLET, A y FORTEAU, M.,La Charte des Nations Unies, Commentaires article par article, Vol. I y II, 3a. Edición, Económica, Paris, 2005.

DE VISSCHER, Ch, Aspects récents du droit de procédure de la CIJ, Paris, Pédone, 1966.

EL QUALI, A. Effets juridiques de la Sentence internationale, Paris, Pédone, 1984.

EISMANN, P-M y PAZATZIS, P.,La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justicia. Ed. Pédone. Paris, 2008.

FERNANDEZ DE GURMENDI, S., Los Convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina, Buenos Aires, 1993.

GARCIA-BOLIVAR, O.E., El arbitraje en el marco de la Ley de Promocion y Proteccion de Inversiones : las posibles interpretaciones, Revista de Derecho No. 26, TSJ, Caracas, Venezuela, 2008.

GUILLAUME, G., Les grandes crises internationales et le droit, Ed. Seuil, Paris. 1994.

GUYOMAR, G. La révision du Reglement de la CIJ del 14 de abril de 1978, Interpretation et pratique, p.216, Paris, Pédone, 1973.

HERDOCIA SACASA, Mauricio, Soberanía clásica, un

principiodesafiado...hasta donde?, Ed. Comercial 3H, S.A, Managua, 2005.

HUESA VINAIXA, R., La suspensión unilateral de los tratados internacionales: el marco normativo, Cursos Euromediterráneos de Derecho Internacional, Bancaja, Vol. XI y XII, p. 769, 2007/2008.

GARA, N., Les nouveaux instruments du consentement a l'arbitrage CIRDI, En Ou va le droit de l'investissement? Coloquio organziado de Ténez, bajo la dirección de Ferhat Horchani, Ed. Pedone, Paris, 2007.

KALIN, W. Aliens expulsion and deportation**, en Wolfrum, R. Ed., The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, EPIL, Oxford University Press, 2008, ed. Internet, www.mpepil.com, pár.3.**

KOLB, R. Le droit relatif au mantien de la paix internationale, Ed. Pédone, Paris, 2005.

MADURO LUYANDO, E y PITTIER SUCRE, E., Curso de obligaciones, Derecho Civil III, 11ª.ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999.

MELICH ORSINI, J., Doctrina general del contrato, 3ª.ed., Caracas: Jurídica Venezolana, Marcel Pons, 1997.

ORREGO VICUÑA, F. Mediación, EPIL, 2006**.**

PODESTA COSTA, L y RUDA, J.M., Derecho Internacional Público, Tipográfica, Buenos Aires, 1985.

REUTER, P. De l'obligation de négocier, Mélanges Morelli, 1975.

RIDEL y PLANT, Evidence before de International Court of Justice, BIICL, Londres, 2006.

RIGALDIES, F., Contribution a l'Etude de l'Acte juridique unilateral en droit international public,. 15 Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal (1980), pp : 417-451.

REUTER, P., Introduction au droit des traités, Paris, 1995.

REUTER, P., La nature des vices du consentement dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. En le developpement de l'ordre juridique international, Ecrits de droit international, Economica, Paris, 1995.

RODRIGUEZ CEDENO, V y BETANCOURT CATALA, M., Introducción al estudio del Derecho de los Tratados, Serie Estudios (90), de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 2010**.**

RODRIGUEZ CEDENO, V., La Corte Internacional de Justicia : un mecanismo de solución de controversias, Ed. Tierra de Gracia, Washington, 1994.

RODRIGUEZ CEDENO, V y TORRES CAZORLA, María Isabel, El acto unilateral, definición, Enciclopedia de Derecho Internacional, EPIL, 2012.

ROSENNE, Sh. Fact-Finding before the International Court of Justice, in Essays on International Law and Practice, 2007.

ROSSENNE, Sh, The World Court, Martinus Nijhoff, Boston-Londres, 1995.

ROSENNE, Sh. Treaties, Conclusion and entry into force, EPIL. Oxford.

ROSENNE, Sh. The Law and Practice of the International Court of Justice. 1920-2005 (4 Vols.), Martinus Nijhoff, Leiden. 2009.

ROUSSEAU, Ch. Le réglement arbitrale et judiciaire et les Etats tiers,Mélanges a Henri Rolin, pp :303-304, Paris, Pédone, 1964.

RUIZ FABRE, H y SOREL, J-M., Indépendence et impartialité des jugez internationnaux, Pedone, Paris, 2010.

SICILIANOS, L-A, Entre multilatéralisme et unilatéralisme : L'autorisation par le Conseil de Securité de recourir a la force, RCADI, Tomo.339, 2008, Martinus Nijhoff Pub., Leiden, 2009.

SUY, E., Actes unilatérales des Etats, IUHEI, Ginebra, 1960.

SUY, E., Le Préambule. *Liber Amicorum* M. Bedjaoui, Kluwer Law International, Dordrecht, Países Bajos, 1999.

THIERRY, H., Au sujet du Tribunal administratif des Nations Unies, en Mélanges ofrecidos a Nicolás Valticos, pp: 331- 338, Pédone, Paris, 1999.

TORRES CAZORLA, MI., Los actos unilaterales de los Estados, Tecno, Madrid, 2010.

TOUZE, S., La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », Colloque de Poitiers, p.12 y ss, Paris, 2012.

TREVES, T. La pêche en haute mer et l'avenir da Convention des Nations Uniessur le Droit da Mer, *AFDI*, vol. XXXVIII, 1992, pp. 885-904.

TREVES, T., Le controversie internazionale, Giuffre ed. Milano, 1999**.**

TRUYOL y SERRA, A., La sociedad internacional, Alianza Universidad, Madrid, 2004.

VARGAS, G.A.,La Mediación Internacional, El Nuevo Diario, 19 de febrero de 2000, Managua.

VERHOEVEN, J, Curso General de Derecho Internacional,: Considérations sur ce qui est commun, RCADI, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2002

ZAMBELLI, Mirko.,La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de Sécurité, Helbing and Lichtenhahn, Basilea, 2002.

ZIMMERMAN, TOMASCHAT yOELLERS-FRAHM, The Statute of the ICJ, Oxford, UP, 2006.

ZOLLER, E. La bonne foi en droit international public, Paris, Pedone, 1977.

ZOLLER, E. Observations sur la révision des sentences arbitrales, Annuaire Francais de Droit International (AFDI), 1978, p.327. CNRS. Paris. 1978

Documentos internacionales

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Tratado Americano de Solución de Controversias (Pacto de Bogotá).

Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y documentos básicos relacionados con la Convención y la solución pacífica de las controversias.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, de 1969.

Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, adoptada mas tarde, el 15 de diciembre de 1982, (Res/37/10 de la Asamblea General de la ONU).

Declaración para el fortalecimiento de la eficacia del principio del no recurso a la fuerza (Res. A/Res.42/28, del 18 de noviembre de 1987).

Declaración relativa a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados y la (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/2625 (XXV).

Documentos básicos de la Corte Internacional de Justicia: estatuto, Reglamento, Resolución Interna, Instrucciones de Procedimiento.

Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esta esfera. (A/Res/43/51, del 5 de diciembre de 1998.

Informes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas realtivas a la creación del sistema de administración de justicia de las Naciones Unidas. A/RES/63/253 (Creación del sistema y Estatutos de los Tribiunales y A/RES/64/119 (Reglamentos de Tribunales)

Documentos básicos de la Organziación Mundial de Comercio (OMC). Acuerdo de Marrakesh de 1997 y Acuerdos e instrumentos jurídicos conexos; Entendimeinto relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Documentos básicos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Mediación y Arbitraje en la OMPI. Documentos del Centro de Mediacion y Arbitraje. Worldwide Forum on the arbitration of Intelectual Property Disputes, Geneva, 1994.

Decisiones y Opiniones internacionales

A. Corte Permanente de Justicia Internacional

Decisión en el Caso *Mavrommatis*.CPJI, 1924, Serie A, No. 12

Decisión de la CPJI en el Caso *Lotus*, de 1927.CPJI, Serie A, nº 10.

Decisión de la CPJI sobre la Competencia de la Comisión Internacional del Oder, de 1919, CPJI, Serie A/B, Num.36.

Opinión de la CPJI en el Caso de *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos*, de 1923. CPJI, Serie B., No.4.

Opinión Consultiva en relación con el caso del *Tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig.* CPJI, Serie A/B, No. 44.

B. Decisiones y Opiniones de la Corte Internacional de Justicia

Decisión de 1950, sobre el Caso del *Templo de Préah Vihéar*. CIJ. Rec.1950.

Decisión de 1952 la CIJ en el Caso *Nottebohm*, en 1955.CIJ. Rec. 1955.

Decisión en el Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. Rec. CIJ, 1952.

Decisión de 1959 sobre el Caso soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas. CIJ.Rec. 1959

Decisión de 1959 sobre el Caso *Haya de la Torre.* CIJ.Rec.1950

Decisión de 1960 sobre el Caso de la *Sentencia arbitral del Rey de España.* CIJ.Rec.1960.

Decisión en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, CIJ. Rec.1969.

Decisión de 1970 sobre Caso de la *Barcelona Traction.* CIJ.Rec.1970.

Decisiones de 1974 sobre los Ensayos Nucleares CIJ. Rec. 1974.

Decisión en el Caso del *Personal Diplomático y Consular*.CIJ.Rec.1979.

Decisión de la CIJ, del 2 de junio de 1985, en el Caso de la *Plataforma continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta). CIJ.Rec.1985.

Decisión de la CIJ, del 10 de diciembre de 1985, en el Caso de la *Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso relativo a la Plataforma Continental* (Túnez c. La Jamahiriya Árabe Libia). CIJ.Rec.1982.

Decisión del 21 de marzo de 1984, en relación con la intervención, en el Caso relativo a la *Plataforma Continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Solicitud de permiso para intervenir, decisión del 21 de marzo de 1984.CIJ.Rec.1984.

Decisión de 1986 sobre el Caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra ésta*, CIJ.Rec.1986

Decisión de 1991 en el Caso de la *Sentencia arbitral del 31 de julio de 1988.* CIJ.Rec.1991.

Decisión de 1994 en el Caso de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales.* CIJ.Rec.1994.

Decisión de 1997 en el Caso *Gabcikovo-Nagymaros.* CIJ.Rec.1997.

Decisión de 2006 en el Caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*.

Decisión de 2009 en el Caso de *Papeleras en el río Uruguay.*

Decisión del20 de julio de 2012, en el Caso de las *Cuestiones relativas a la obligación de procesar o de extraditar.* CIJ.Rec.2012.

Decisión del 19 de junio de 2012, en el Caso de *Ahamadou Sadio Diallio.* C

Caso de la *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan,* Ordenanza del 23 de enero de 2012. (en proceso)

Opinión Consultiva de 1949, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* CIJ.Rec.1949.

Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Caso de las Reservas a la Convención sobre Genocidio. CIJ. Rec. 1951.

Opinión Consultiva de 1962, en el caso de *Sudoeste africano*. CIJ.Rec.1962.

Opinión Consultiva de 1975, en el Caso del *Sahara occidental.* CIJ.Rec.1975.

Opinión sobre el Caso de la *Interpretación del Acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*. CIJ.Rec.1989.

Opinión Consultiva relativa al primer uso de las armas nucleares, CIJ Rec. 1996.

Opinión Consultiva sobre el muro construído por Israel en los territorios ocupados, CIJ Rec. 2004.

Opinión Consultiva sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, 2009.

Recopilación de las Decisiones y Opiniones Consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

C. Decisiones y Opiniones Consultivas del Tribunal del Derecho del Mar yde la Sala de Fondos Marinos.

Opinión en el Asunto de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el marco de actividades realizadas en la Zona*, del 1 de febrero de 2011.

Decisión en el Caso Volga. Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Recopilación de Decisiones y Opiniones,. 2002.

D. Decisiones Arbitrales

Comisión Mixta de Reclamaciones Italia/Venezuela, 1903, NN.UU, Reports of International Arbitrals Awards, vol. IX, p.235.

Reports of International Arbitral Awards, vol. IX, p.325. NN.UU.

Conclusiones de los Comité de Reclamaciones Italia/Venezuela y de Bélgica/Venezuela.

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 1893, en el Caso *Fong Yue Ting,/Estados Unidos*, US 149, US 698 (1893), p.185.

Reports of International Arbitrals Awards, vol. IX, NN.UU.

E. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Decisión del 19 de enero de 1984.

F. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Decisión del 12 de octubre de 2006.

G. Decisiones del los tribunales administrativos internacionales: El Tribunal Administrativo de la OIT, el Tribunal Contencioso Administrativo de Naciones Unidas y Tribunal de Apelación de Naciones Unidas.